

XXXII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES: RETOS DEL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE AL DESEMPLEO JUVENIL

Granada, 21 y 22 de noviembre de 2013

Comunicación presentada a la 2ª Ponencia: Formas no laborales de
inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo

Titulada: El emprendimiento y el trabajo autónomo de jóvenes:
¿un reto del Derecho del Trabajo?

Dra. Esperanza Macarena Sierra Benítez
Profesora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

Resumen:

Las reformas laborales 2010-2013 han provocado cambios normativos significativos y otorgado un margen de flexibilidad empresarial muy amplio, lo que debe ser utilizado por las empresas conforme a una actuación responsable, de acuerdo con unas políticas de recursos humanos que apuesten por la estabilidad del capital humano, la experiencia, los conocimientos y la formación. El fomento del emprendimiento y del trabajo autónomo está ocasionando lo que la doctrina ha denominado la huida del Derecho del Trabajo. Se promocionan formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, en las que el autoempleo puede desplazar la creación de puestos de trabajo de calidad por cuenta ajena. Los retos del Derecho del Trabajo estarán en función de cómo se manifiesten esas formas de realización de la actividad emprendedora de los jóvenes en el mercado de trabajo. El carácter dinámico de nuestra disciplina debe permitir paliar los efectos de esa huida del Derecho del Trabajo.

Palabras clave: Emprendimiento, trabajador autónomo, falso emprendedor, falso empleador, Derecho del Trabajo

Índice:

- I. La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016
- II. El trabajo por cuenta propia entre jóvenes menores de 30 años
- III. Los jóvenes con iniciativa empresarial: ¿trabajadores autónomos y/o empleadores?
- IV. La identificación del “falso emprendedor” en el Derecho del Trabajo
- V. Conclusiones

I.- LA ESTRATEGIA DE EMPRENDIMIENTO Y EMPLEO JOVEN 2013-2016

El Plan Nacional de Reformas puesto en marcha por el Gobierno Español para el 2013¹ recoge una serie de recomendaciones de la Comisión Europea en materia de empleo joven que se desarrollan en el Título I de Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (en adelante Ley 11/2013) denominado «Medidas de desarrollo de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven»². El objetivo de esta Estrategia es impulsar medidas dirigidas a reducir el desempleo juvenil, ya sea mediante la inserción laboral por cuenta ajena, o a través del autoempleo y el emprendimiento. Según el Preámbulo de la Ley, es «el resultado de un proceso de diálogo y participación con los interlocutores sociales» aunque este diálogo no haya derivado en un Acuerdo. El 14 de febrero de 2013 se firma un Comunicado conjunto entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, los Sindicatos CCOO y UGT, y las patronales CEOE y CEPYME en relación a la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016. No obstante, pocos días más tarde, cuando se aprueba el RD-ley 4/2013 de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, la parte sindical muestra su desacuerdo ante la incorporación en la mencionada norma de una modificación de la regulación de las ETTs en el mercado de trabajo, que permite la bonificación a la cuota empresarial por la contratación de jóvenes a través de empresas de inserción, o la posibilidad de que las ETTs puedan suscribir contratos de formación³.

En la Estrategia se recogen una serie de medidas de alto impacto, y con efectos a medio-largo plazo, que permiten que las entidades públicas y privadas se sumen para contribuir a mejorar las oportunidades de empleo, aumentar la calidad y estabilidad en el empleo, asegurar la igualdad de oportunidades y fomentar el emprendimiento. Asimismo, se proponen medidas para estimular la contratación de jóvenes por parte de autónomos y de las empresas mediante la implementación de nuevos incentivos⁴, como la reducción del 100% de las cuotas a la Seguridad Social a las empresas de menos de 250 trabajadores que realicen contratos a tiempo parcial con vinculación formativa a

¹ <http://www.mineco.gob.es/>

² OJEDA AVILÉS, Antonio; SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, “La segunda fase de la nueva reforma laboral española”, *Revista Derecho del Trabajo*. La Ley-Argentina, nº 6, 2013, pp. 1309 a 1320.

³ <http://www.ugt.es/comunicados/2013/febrero/compre22022013.pdf>

⁴ <http://www.lamoncloa.gob.es/ServiciosdePrensa/NotasPrensa/MinisterioEmpleoySeguridadSocial/2013/140213EmpeloJovenes.htm>

menores de 30 años, y del 75% para las empresas de mayor tamaño. Esta medida se mantendrá hasta que la tasa de paro global se sitúe por debajo del 15%. También se introducen incentivos a la contratación para el primer empleo en el contrato en prácticas, y se crea una nueva modalidad de contrato temporal para jóvenes, con incentivos para su transformación en indefinido. Entendemos que con estas medidas el Gobierno está reconociendo la insuficiencia del contrato «estrella» de la reforma laboral de 2012: el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (art. 4 Ley 3/2012)⁵. Este es un contrato que va acompañado de incentivos fiscales importantes, algunos para las entidades que carezcan de personal contratado, y otros para las empresas de cincuenta o menos trabajadores, y que planteó dudas de constitucionalidad ya que contempla un período de prueba de un año⁶. Se trata de una nueva modalidad contractual cuya «finalidad no era sólo fomentar el empleo estable, sino también potenciar la iniciativa empresarial, por lo que sólo puede concertarse por las empresas, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, de menos de cincuenta trabajadores»⁷.

Los ejes en que se vertebra la Estrategia son incentivar la contratación y la iniciativa empresarial entre los jóvenes, adecuar la educación y la formación que reciben a la realidad del mercado de trabajo, y reducir la tasa de abandono escolar temprano. A continuación la Ley declara que para hacerlo posible, la Estrategia contiene una serie de medidas encaminadas a favorecer la inserción laboral de los jóvenes, ya sea por cuenta propia o a través del emprendimiento. Nos detenemos en este punto porque no alcanzamos a comprender qué se entiende por “medidas encaminadas a favorecer la inserción laboral de los jóvenes”, si utilizamos el recurso del trabajo por cuenta propia y el emprendimiento. Desde un punto de vista estricto, el trabajo por cuenta propia y el

⁵ No obstante, según el MESS, Informe de Evaluación del impacto de la Reforma Laboral, 2013 se han incorporado casi 120.000 personas al mercado de trabajo, el 40% de ellos jóvenes, lo que supone el 24% de los contratos indefinidos iniciales a tiempo completo desde marzo de 2012.

⁶ CALVO GALLEGO, Javier; FERIA BASILIO, Iluminada “El contrato de apoyo al emprendedor y la revitalización del art. 15.5 ET en la Ley 3/2012”, en AAVV., *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012*, Punto Rojo Libros, S.L., Sevilla, 2013, p. 85; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto «El nuevo contrato indefinido de apoyo a emprendedores en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012» en AEDTSS, *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*”, Tirant lo Blanch, 2013, (TOL3.962.637); ROQUETA BUJ, Remedios «Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores», *RL*, núm. 23, 2012 [(La Ley 18649/2010), p.12].

⁷ CASAS BAAMONDE, M^a Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel «Las reformas de la reforma laboral de 2012, (La Ley 3/2010 y el RDL 20/2012)», *RL*, núm. 15-18, 2012 (LALEY 16451/2012, p. 9, www.laleydigital.es) .

emprendimiento son formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, porque el régimen jurídico por el que se van a regir se sitúa al margen del Derecho del Trabajo. La DF 1ª del ET es muy clara al respecto, al entender que el trabajo por cuenta propia no está sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos en que por precepto legal así se disponga expresamente. Por lo tanto, el legislador está utilizando una serie de formas no laborales para favorecer la inserción “laboral” de los jóvenes, como el conocido trabajo autónomo cuyo régimen jurídico viene contemplado en la ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo; o el emprendimiento, regulado en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (en adelante Ley 14/2013), y en la propia Ley 11/2013. En definitiva, se trata de iniciativas de autoempleo que pretenden ser una fuente de generación de empleo por cuenta ajena, y que complementan a otras iniciativas que, mediante la subvención, tratan de estimular la puesta en práctica de iniciativas de autoempleo de los jóvenes *per se* como, por ejemplo, la capitalización de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único⁸.

II.- EL TRABAJO POR CUENTA PROPIA ENTRE JÓVENES MENORES DE 30 AÑOS

Las medidas no laborales para fomentar el emprendimiento y el trabajo por cuenta propia entre los jóvenes menores de 30 años en el mercado de trabajo son, en primer lugar, el “recurso viejo y poco eficaz en nuestra experiencia para asegurar el mantenimiento del empleo”⁹ de la implantación de una cuota inicial reducida a la Seguridad Social; en segundo lugar, la compatibilización de la prestación por desempleo con el inicio de una actividad por cuenta propia, o la ampliación de las posibilidades de aplicación de la capitalización de la prestación por desempleo hasta el 100% cuando los beneficiarios sean hombres jóvenes menores de 30 años de edad o

⁸ Véase MOLINA HERMOSILLA, Olimpia “El autoempleo como solución –más pretendida que real- para la inserción de colectivos desfavorecidos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 16, 2007, www.westlaw.es BIB 2007/2266.

⁹ CASAS BAAMONDE, Mª Emilia; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, «La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”, las reformas de la Reforma laboral de 2012 y otras reformas: la L- 11/2013 y el RDL 11/2013», *RL*, núm. 10, 2013 (LALEY 7239/2013).

mujeres jóvenes menores de 35 años¹⁰. Éstas se complementan con otras medidas fiscales más favorables para el autónomo que inicia una actividad emprendedora, con el objetivo de incentivar la creación de empresas y reducir la carga impositiva durante los primeros años de ejercicio de una actividad¹¹.

Estas medidas no laborales conviven con otras medidas de Seguridad Social, como son las destinadas a incentivar la incorporación de los jóvenes a las empresas de la economía social; los estímulos a la contratación de jóvenes en situación de desempleo (como, por ejemplo, incentivos destinados a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa, a la contratación indefinida de un joven por microempresas y empresarios autónomos, y a la contratación en prácticas); y los estímulos destinados a la contratación por jóvenes autónomos de parados de larga duración mayores de 45 años y la contratación de jóvenes para que adquieran una primera experiencia profesional¹², que no son objeto de nuestro estudio.

III.- LOS JÓVENES CON INICIATIVA EMPRESARIAL: ¿TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y/O EMPLEADORES?

Por otra parte, como dijimos más arriba, la Estrategia no tiene como eje sólo la contratación juvenil y el trabajo por cuenta propia, sino también la iniciativa empresarial entre los jóvenes. El trabajo autónomo y el emprendimiento son dos términos que van unidos desde el momento en que el joven trabajador autónomo sea un emprendedor. Sin embargo, puede ocurrir que un emprendedor no sea un trabajador

¹⁰ Ley 11/2013. Cotización a la Seguridad Social aplicable a jóvenes trabajadores por cuenta propia (art. 1); posibilidad de compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia cuando lo establezcan los programas de fomento al empleo (art. 2); compatibilización por los menores de 30 años de la percepción de la prestación por desempleo con el inicio de una actividad por cuenta propia (art. 3); ampliación de las posibilidades de aplicación de la capitalización de la prestación por desempleo (art. 4); suspensión y reanudación del cobro de la prestación por desempleo tras realizar una actividad por cuenta propia (art. 5), régimen de cotización por contingencias profesionales y cese de la actividad (art. 6).

¹¹ En el Impuesto de Sociedades se establece un tipo de gravamen del 15% para los primeros 300.000 euros de base imponible, y del 20% para el exceso sobre dicho importe, aplicable en el primer período impositivo en que la base imponible de las entidades resulta positiva y en el período impositivo siguiente a éste. En el IRPF, reducción del 20% sobre los rendimientos netos de la actividad económica, aplicable en el primer período impositivo en que el rendimiento neto resulte positivo y en el período impositivo siguiente a éste. Se suprime el límite actualmente aplicable a la exención de las prestaciones por desempleo en la modalidad de pago único (arts. 7 a 9 Ley 11/2013; cuyo art. 7 es modificado por la DF 8ª de la Ley 14/2013).

¹² Capítulo III, del Título I “Medidas de desarrollo de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven”.

autónomo, sino un empleador en sentido estricto, o incluso que un trabajador autónomo no sea un emprendedor, sino que sea un trabajador en el sentido amplio del término, cuando se trate de un trabajador autónomo económicamente dependiente, máxime si se encuentra en las denominadas “zonas grises”¹³. El trabajo autónomo se identifica con una persona física que desarrolla una actividad económica y profesional por cuenta propia, y en virtud de la Ley 14/2013 “se consideran emprendedores aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollan una actividad económica empresarial o profesional”. El término “profesional” se equipara al término “actividad económica empresarial” en el sentido de que el joven alcance “ante la falta de oportunidades de trabajo por cuenta ajena, unos mayores niveles de autoempleo capaces, a su vez de generar más empleo”¹⁴. La finalidad última es que el trabajo autónomo genere más empleo, y que el trabajador autónomo sea además un empleador. Los emprendedores son los que desarrollan una actividad económica empresarial o profesional, ya sean personas físicas o jurídicas. En definitiva, se trata de que haya una iniciativa empresarial o empleadora por parte de los jóvenes emprendedores, es decir, que realicen una actividad empresarial además de la profesional. En el Derecho del trabajo el término “empresarios” comprende a todas las personas, físicas o jurídicas, que reciben la prestación de servicios de los trabajadores asalariados (art. 1.2 ET)¹⁵. El término trabajador autónomo comprende a una persona física que realiza fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, dando o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. En este sentido, lo relevante del trabajador autónomo es que realice una actividad económica o profesional, el que ocupe o no a otros trabajadores dependientes es irrelevante, lo importante es que sea capaz de generar una actividad profesional por cuenta propia. La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, exige que esa actividad por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona sea realizada de forma habitual, personal y directa (art. 1.1)¹⁶; requisitos que no se exigen para los emprendedores en los términos

¹³ OJEDA AVILÉS, Antonio, *La desconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2010; “Zonas grises, relaciones laborales especiales y modalidades del contrato”, *TS*, nº 207, 2008, pp. 24 y ss.

¹⁴ Preámbulo I Ley 14/2013.

¹⁵ DE LA VILLA GÍL, Luis Enrique, “El concepto de Empresario-Empleador en Derecho del trabajo, en BLASCO PELLICER, Ángel, *El empresario laboral: estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 12 y ss.

¹⁶ GOERLICH PESET, José M^º; PEDRAJAS MORENO, Abdón, SALA FRANCO, Tomás, *Trabajo autónomo: nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 28 y 29.

regulados en la Ley 14/2013 porque, ante la imposibilidad del sector público de crear empleo, lo que pretende el legislador es paliar las deficiencias del tejido empresarial español mediante el fomento de la iniciativa empresarial privada, considerando el emprendimiento como un mecanismo para reducir la tasa de paro global, y lograr que se sitúe por debajo del 15%.

Por lo tanto, en el caso del trabajo autónomo el concepto de “trabajador autónomo” es un término que atiende a la persona que realiza una actividad económica o profesional; mientras que en el caso del emprendimiento, el concepto de “emprendedor” es un término que atiende sobre todo a la iniciativa empresarial, coincida o no con la actividad profesional de una persona física o jurídica¹⁷. La ley 14/2013 es una norma de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y por este motivo contiene una serie de medidas (no laborales) de apoyo a la iniciativa emprendedora de los jóvenes (Título I) que incentiven la cultura emprendedora y faciliten el inicio de actividades empresariales como, por ejemplo, la adquisición a través del sistema educativo de las competencias y habilidades requeridas para emprender: “Educación en emprendimiento” (arts. 4 a 6).

En España el desempleo juvenil es un problema estructural agravado por la crisis económica-financiera iniciada en el 2008, y la tasa de desempleo juvenil de los menores de 25 años supera el 50% frente al 23% de media de la UE¹⁸. Esta circunstancia de coyuntura económica actual coexiste con un conjunto de debilidades estructurales en las que el legislador se compromete a trabajar, entre otras, la necesidad de mejorar el nivel de autoempleo e iniciativa empresarial¹⁹. La grave y larga crisis económica ha

¹⁷ GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 70 y ss.

¹⁸ Datos 2012 Eurostat. No obstante, hay que ser cautelosos con estas cifras dado que esta agencia utiliza dos medidas para calibrar el desempleo juvenil: la primera se calcula teniendo en cuenta a todos los que constituyen la población activa de ese grupo de edad (es decir, los empleados y los que buscan activamente trabajo) y constituye lo que se denomina “tasa” (53%); y la segunda, que incluye a todos los jóvenes, denominada “ratio” (22%), que es un indicador más cercano a la realidad. Por lo tanto, el índice de desempleo de quienes tienen entre 16 y 24 años probablemente se sitúe en menos de la mitad de la cifra oficial. En CHISLETT, William “El enigma de la magnitud del paro juvenil”, *El País*, 29 de abril de 2013 (Tribuna.Opinión).

¹⁹ Preámbulo II Ley 11/2013. Las otras debilidades estructurales que influyen directamente en las cifras de desempleo son: la alta tasa de abandono escolar, la polarización del mercado de trabajo donde unos jóvenes abandonan sus estudios con escasa cualificación y otros, altamente cualificados, están subempleados; el escaso peso relativo de la formación profesional de grado medio y la baja empleabilidad de los jóvenes, especialmente en lo que se refiere al conocimiento de idiomas extranjeros; la alta temporalidad y contratación parcial no deseada; la dificultad de acceso al mercado laboral de los grupos en riesgo de exclusión social; y la necesidad de mejorar el nivel de autoempleo e iniciativa empresarial entre los jóvenes.

provocado entre 2008 y 2012 la destrucción de alrededor de 1,9 millones de empresas, casi el 100% de ellas con menos de 20 asalariados. Desde 2007 a 2012 los jóvenes empresarios de 15 a 39 años experimentan una caída de más del 30%. Esta es una circunstancia que el legislador justifica para emprender reformas encaminadas al crecimiento y a la reactivación económica, con la finalidad de abordar problemas estructurales del entorno empresarial en España.

Por ello el legislador mantiene que es necesario analizar las características de nuestro tejido empresarial y, entre sus principales problemas, identifica la falta de una mayor iniciativa emprendedora entre los más jóvenes que, ante la falta de oportunidades de trabajo por cuenta ajena, hubiera producido unos mayores niveles de autoempleo que, a su vez, serían capaces de generar más empleo²⁰. El legislador pretende que las medidas contempladas en la Ley 14/2013 beneficien a todas las empresas, con independencia de su tamaño y de la etapa del ciclo empresarial en la que se encuentren. Son medidas dirigidas a las empresas, y para ello se pretende apoyar e incentivar la cultura emprendedora facilitando el inicio de actividades empresariales por los jóvenes para que, a través del sistema educativo, adquieran las competencias y habilidades necesarias para emprender. La normativa contempla que la educación en emprendimiento abarque a los alumnos tanto en la enseñanza primaria, como en la secundaria y universitaria, así como la correlativa formación del profesorado en materia de emprendimiento²¹. Las Universidades deberán fomentar la iniciación de proyectos empresariales y la promoción de encuentros con emprendedores (arts. 4 a 6 Ley 14/2013).

En el ámbito universitario existe una primera titulación oficial en Emprendimiento, el Grado Universitario en Liderazgo Emprendedor e Innovación (LEINN), que se imparte en la Universidad de Mondragón y desde este curso 2013/2014 en Madrid y Barcelona²². Igualmente, como herramienta pedagógica está pendiente de desarrollo

²⁰ Véase el Preámbulo I de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE 28 de septiembre).

²¹ Los currículos de las enseñanzas no universitarias deben incorporar objetivos, competencias, contenidos y criterios de evaluación de la formación orientados al desarrollo y afianzamiento del espíritu emprendedor, a la adquisición de competencias para la creación y desarrollo de los diversos modelos de empresas y al fomento de la igualdad de oportunidades y del respeto al emprendedor y al empresario, así como a la ética empresarial (art. 4 Ley 14/2013). Véase el Proyecto de Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa (BOCG 24 de mayo de 2013, núm. 48-1).

²² <http://www.mondragon.edu/es/estudios/grados/grado-en-liderazgo-emprendedor-e-innovacion/>;
http://noticias.lainformacion.com/educacion/llega-a-espana-la-primera-titulacion-universitaria-para-la-formacion-de-emprendedores_fMtVank3hcDdvbcEyqx916/

reglamentario la posibilidad de creación de una mini-empresa o empresa de estudiantes, con una duración limitada al curso escolar prorrogable por dos cursos escolares, que una vez inscritas por la organización promotora en el registro correspondiente, puede realizar transacciones económicas y monetarias, emitir facturas y abrir cuentas bancarias²³.

En este punto nos aproximamos a uno de los grandes retos del Derecho del trabajo frente al desempleo juvenil: el auto-empleo o trabajo autónomo, a ser posible de calidad y estable; y en su caso, el del “falso autónomo”. Y el del emprendimiento, entendido en su acepción amplia, bien como empleador-emprendedor y/o como trabajador-emprendedor, y en su caso, como “falso emprendedor”. En definitiva, la presencia de estas nuevas realidades o categorías de emprendedores pueden originar nuevos conflictos y nuevos retos del Derecho del Trabajo en ese devenir de la huida del Derecho del trabajo²⁴. Estas cuestiones las vamos a tratar a continuación pero debemos tener presente que la Estrategia de empleo y la política de empleo de la Unión Europea son las que están estableciendo las pautas de las reformas 2010-2012 y las actuales de 2013.

IV.- LA IDENTIFICACIÓN DEL “FALSO EMPRENDEDOR” EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Hemos visto más arriba que el trabajo autónomo y el emprendimiento son dos términos que van unidos desde el momento en que el joven trabajador autónomo sea un emprendedor. Sin embargo, puede ocurrir que un emprendedor no sea un trabajador autónomo, sino un empleador en sentido estricto, o incluso que un trabajador autónomo no sea un emprendedor, sino que sea un trabajador en el sentido amplio del término, cuando se trate de un trabajador autónomo económicamente dependiente, máxime si se encuentre en las denominadas “zonas grises”, o un “falso autónomo”. Incluso se puede dar el supuesto de un falso emprendedor-empleador en el caso de constitución de empresas con una reducida organización productiva, que entre en la cadena de contratas

²³ DA de la Ley 14/2013.

²⁴ CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, RODRÍGUEZ Piñero y BRAVO FERRER, Miguel; VALDÉS DAL-REÉ, Fernando, “La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”, las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la L 11/2013 y RDL 11/2013”, *RL*, nº 10, [LA LEY 7239/2013, pp.1 a 25, www.laleydigital.es].

de una gran empresa o una PYME (empresa interpuesta) incluida en el supuesto previsto del art. 43 del ET²⁵.

En este sentido, no cabe confundir la «cualidad emprendedora» que hay en todo trabajo autónomo y que lo diferencia del asalariado, con la «condición empresarial» en sentido estricto²⁶. En el momento en que el trabajador por cuenta propia pone en marcha una actividad productiva es un emprendedor que se aproxima a la figura de empresario. No obstante, a diferencia de lo que ocurre para el empresario en su sentido estricto o clásico, el trabajador autónomo y por cuenta propia debe añadir a esta primera «faceta empresarial» «una segunda «faceta laboral», en cuanto que se trata de una persona que no se limita a poner en marcha una iniciativa o actividad productiva sino que participa en su desarrollo de forma personal y directa»²⁷.

En la delimitación del ámbito de la Ley 20/2007, el dato de que el trabajador autónomo pueda reunir al mismo tiempo la condición formal de empleador es irrelevante a los efectos de la inclusión en el régimen profesional común del trabajador autónomo, pero no es así en el caso de la inclusión en el régimen especial de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (en adelante TRADE), donde se exige expresamente que no pueden reunir esa condición de forma simultánea con la de empleador²⁸, porque entendemos que de alguna manera quedan insertos en el círculo rector de otra persona²⁹. Éste es uno de los datos objetivos que se exigen a esta modalidad de trabajo autónomo. El TRADE es un trabajador autónomo con una regulación específica, no un híbrido entre el trabajador por cuenta propia y el trabajador por cuenta ajena³⁰.

²⁵ OLARTE ENCABO, Sofía, “Las relaciones laborales triangulares en el marco de la reforma de 2012”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2, 2013, [(BIB 2013/933, base de datos on-line Westlaw].

²⁶ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo”, *RTYSS*, núm. 295, 2007, p. 60.

²⁷ GARCÍA MURCIA, Joaquín, “La problemática «laboral» del trabajo autónomo: unos primeros trazos a partir de la jurisprudencia reciente”, *REDT*, núm 126, 2005, p. 28.

²⁸ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo”, obra cit., p. 64.

²⁹ GARCÍA MURCIA, Joaquín, “La problemática «laboral» del trabajo autónomo: unos primeros trazos a partir de la jurisprudencia reciente”, obra cit., p. 24.

³⁰ GARCÍA NINET, José Ignacio, “Acerca de la Ley del estatuto del trabajo autónomo (LETA)”, *TS*, núm. 199, 2007, p. 9. En otro sentido, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo”, obra cit., pp. 67 y 102, donde mantiene que se trata de una figura híbrida, entre el autónomo común y el asalariado. En CGPJ, *Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo*, (TOL 1016501 DJJA_3685, en www.tirantonline.com), p. 12, la figura del TRADE no forma un *tertium genus* situado entre las categorías de trabajadores del ET y del Estatuto del trabajo autónomo, sino que constituye una modalidad de trabajador autónomo, ordenada por el régimen de fuentes previsto en el art. 3 LETA.

En efecto, el régimen jurídico de vinculación entre el trabajador y el empleador puede dar lugar a una contratación civil, mercantil o laboral. Entre estas posibilidades, y dependiendo de la forma en que se manifieste el trabajo, puede considerarse que éste se encuentra “a caballo entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo”, Por ejemplo, piénsese en los trabajos que sean realizados a distancia donde los poderes empresariales estén debilitados y el ejercicio de los mismos sea poco fuerte³¹. En este sentido, el trabajo se podrá identificar con los “*trabajadores autónomos económicamente dependientes*”, cuando éstos realicen una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominantemente para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales (art. 11.1 Ley 20/2007).

La Ley 20/2007 reconoce la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente con la finalidad de dar cobertura social a un colectivo de autónomos que, a pesar de su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata, y que por lo tanto demandan un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena³². Los nuevos desarrollos organizativos y el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación son los desencadenantes de una serie de modalidades diversas de trabajo autónomo que la Ley menciona, y que coexisten con la figura del autónomo clásico. Esta figura nos recuerda a una categoría jurídica denominada parasubordinación contemplada en la normativa italiana que, manteniendo la relevancia entre la tradicional distinción entre trabajo autónomo y subordinado, sirve para diferenciar el bloque de normativa aplicable, y no para decidir sobre el criterio de aplicación del ordenamiento laboral³³. En el ordenamiento italiano esta figura se caracteriza por la presencia de una serie de elementos como son la coordinación, la continuidad y el carácter prevalentemente personal de la relación³⁴. En

³¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Propuestas para una regulación del trabajo autónomo”, *DL*, núm. 73, 2005, pp. 27 y 28; o en el elenco de “zonas grises”, en MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la Jurisprudencia actual (1980-2001)”, en *RMTAS*, núm. 38, p. 36.

³² GARCÍA MURCIA, Joaquín, “El Estatuto del trabajo autónomo: algunos puntos críticos”, obra cit., p. 2157, critica este paralelismo falso y engañoso en lo que se refiere a los aspectos laborales.

³³ RUIZ DEL CASTILLO, María del Mar, “Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el «trabajo parasubordinado»”, *RL*, Tomo II, 1991, pp. 162 y 163.

³⁴ RUIZ DEL CASTILLO, María del Mar, “Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo «parasubordinado»”, obra cit., pp. 170 a 173.

nuestra opinión, el peligro de esta figura del trabajador «parasubordinado» es que, sin coincidir con lo que viene a conocerse con el nombre de «falso autónomo», se encuentra “en la franja de intersección entre trabajo asalariado y el trabajo autónomo”, necesitada de una adecuada delimitación difícil de obtener cuando “el TRADE trabaje en exclusiva para un solo cliente y obtenga del mismo todos sus ingresos”³⁵. Este tipo de actividad del TRADE puede ser un “incentivo para la declaración de no laboralidad de un buen número de prestaciones de servicios en las que, existiendo dependencia económica, la subordinación funcional no es tan evidente”³⁶. Los rasgos que caracterizan al trabajo han transformado el concepto clásico de dependencia, ya que la deslocalización y la falta de control directo hacen que la nota de la dependencia se traslade del interior de la relación laboral a su exterior, es decir, a su conexión con la organización empresarial, “lo que, dada la definición tradicional de dependencia, supone una evidente contradicción, y a la postre una radical mutación en su concepción clásica”³⁷.

Como ocurre en todas las figuras laborales nuevas, el problema del encuadramiento jurídico del emprendimiento es en sí mismo un problema de calificación. Por lo tanto, tendremos que atender a si la relación del emprendedor coincide realmente con la calificación formal atribuida por las partes, o si por el contrario se puede reconducir a otro esquema contractual³⁸. Al respecto, es un dato constatado la revalorización de la voluntad de las partes en la propia caracterización jurídica del vínculo entre las mismas, en donde prevalece la calificación jurídica del vínculo que las partes hayan previsto³⁹. Así, los problemas de calificación se resolverán atendiendo a la voluntad de las partes, dado que son libres de elegir la forma contractual que deseen siempre que no exista una falta de concordancia entre la realidad de las prestaciones de la relación obligatoria y el *nomen iuris*⁴⁰. Existirá contrato de trabajo cuando la prestación de servicios se desempeñe en régimen de ajenidad y dependencia y, por lo tanto, confluyan los rasgos

³⁵ GARCÍA MURCIA, Joaquín, “El Estatuto del trabajo autónomo: algunos puntos críticos”, obra cit., p. 2158.

³⁶ MERCADER UGUINA, Jesús R.; DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo”, obra cit., p. 98.

³⁷ MERCADER UGUINA, Jesús R., *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, obra cit., p. 84.

³⁸ Con respecto al teletrabajo, GAETA, Lorenzo, “Teletrabajo y derecho: la experiencia italiana”, obra cit., p. 39.

³⁹ En este mismo sentido, MONEREO PÉREZ, José Luis, *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 97.

⁴⁰ GUTIÉRREZ-SOLAR, Beatriz; LAHARA FORTEZA, Jesús, “Ámbito y fuentes de regulación del trabajo autónomo”, obra cit., pp. 84 a 93.

que caracterizan la relación laboral (art. 1.1 ET). Así mismo, si las partes deciden excluir el elemento de la subordinación, no se puede obtener otra calificación salvo si se demuestra que ese elemento está presente en la relación contractual⁴¹.

En una encuesta realizada por Adecco sobre el emprendimiento entre jóvenes de 18 a 35 años en una muestra total de 1.200, el 69% manifestó que quería emprender y el 68,8% estaría dispuesto a crear su propia empresa⁴². El 43,4% de los encuestados optaría por crear un negocio con una estructura física, frente al 11,6% que apostaría por un negocio online, y el 45% restante se decanta por una combinación de las dos propuestas, contando con un negocio físico que se extendiese a través de la red. Con estos datos no es difícil pensar que pueden darse supuestos de contrataciones perfectamente permitidas por la normativa, cuya finalidad sea la cesión prohibida de trabajadores cuando el objeto de los contratos de servicios entre una gran empresa y/o PYME y la del joven emprendedor se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad propia o estable, no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. Así, por ejemplo, teniendo en cuenta la encuesta, el 82% de los futuros emprendedores necesitarán el ordenador como herramienta básica de trabajo, el 80% una página web, el 65% el teléfono, y un 52% necesita máquinas específicas del negocio. La actividad del emprendimiento puede traer consigo este inconveniente de la cesión ilegal de trabajadores, que es uno de los retos actuales del Derecho del Trabajo que apareció con el fenómeno de la descentralización productiva y con el proceso de externalización de la producción empresarial. El 14,6% quiere emprender un negocio en el área del ocio y turismo (restaurantes, hoteles y otros servicios de recreo). El 9,5% opta por una actividad comercial (tiendas de moda, complementos y venta online de productos alimenticios o artesanos). El 7,1% quiere dedicar su negocio al ámbito de la informática y las nuevas tecnologías (servicios técnicos), y el 6,8% al ámbito de la comunicación y las relaciones públicas. El resto opta por el diseño web, la sanidad, la asesoría legal, la alimentación y el desarrollo de productos ecológicos y sostenibles. En menor medida optan por negocios relacionados

⁴¹ En GAETA, Lorenzo, “Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana”, obra cit., p. 39. En este sentido, no se parte de la presunción del art. 8.1 del ET, sino de la presencia de las notas presentes en el art. 1.1 ET, entre otros, RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel, *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 238.

⁴² www.adecco.es/data/NotasPrensa/pdf/486.pdf; I Encuesta Adecco Jóvenes Emprendedores (15.07.2013) estudio realizado entre 1.200 jóvenes españoles de entre 18 y 35 años.

con la arquitectura, la educación, la automoción o la fotografía. Por ejemplo, el telemarketing (Contact Center) se encuentra generalmente incluido entre las actividades realizadas por entidades especializadas que prestan sus servicios en la mayoría de los casos en régimen de subcontratación (telefonía, informática, etc.) con escasos medios físicos y que, en determinadas circunstancias, pueden estar relacionadas con la cesión ilegal de trabajadores⁴³. Como se ha señalado, la causa del aumento de la cesión ilegal de trabajadores se encuentra en las empresas dedicadas a las nuevas tecnologías de la información y comunicación, cuando en los procesos de subcontratación de servicio “el peso dominante de la contratación se encuentra en la propia prestación laboral del personal que la desempeña”⁴⁴. Es fácil imaginar que el riesgo de cesión ilegal de trabajadores mediante la ilícita interposición de una empresa cobra una mayor intensidad en los supuestos de teletrabajo⁴⁵ teniendo en cuenta que no se exige que la actividad contratada corresponda a la propia actividad de la cesionaria, ni que el lugar de la prestación de trabajo de los trabajadores cedidos sea un centro propio de la cesionaria⁴⁶.

De la encuesta se deduce que son los jóvenes entre 30 y 35 años quienes más piensan en emprender (3 de cada 4 encuestados); los menos propensos son los que cumplen entre 18 y 21 años, aunque más de la mitad (51,8%) sí ha pensado en montar su propio negocio. En cuanto a la situación laboral de los jóvenes encuestados, son los trabajadores por cuenta ajena los más dispuestos a emprender (77,2%), seguidos de los estudiantes (70,6%) y los desempleados (67,8%)⁴⁷. No obstante, llama la atención que

⁴³ STS de 16 de junio 2003 (RJ 2003/7092) sentencia comentada por SEMPERE NAVARRO, Antonio V., “Cesión de trabajadores para comercio electrónico «Telemarketing»”, *RJA*, núm. 7, 2003, p. 341 a 349. Sin embargo no hay cesión si la empresa de telemarketing factura por operación, asumiendo el riesgo la empresa contratista y se acredita que la actividad de los trabajadores la organiza la empresa auxiliar, STSJ Comunidad Valenciana 29 de septiembre 2004 (AS 2004, 3540).

⁴⁴ MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, *RL*, núm. 23-24, 2006, pp. 45 y 56.

⁴⁵ SANTOS FERNÁNDEZ, M^a Dolores, “Tipología del teletrabajo y poder de control”, obra cit., p. 92; SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES, 2011, p. 81.

⁴⁶ MOLTÓ GARCÍA, Juan Ignacio, “La reforma del art. 43 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: su insuficiencia para la actuación efectiva de la Inspección del Trabajo y Seguridad Social en materia de cesión de trabajadores”, *TS*, núm. 204, 2007, p. 27.

⁴⁷ Véanse el Título II de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, arts. 23 a 30. Junto a incentivos fiscales (inversión de beneficios; actividades de investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, rentas procedentes de determinados activos intangibles y creación de empleo para trabajadores discapacitados; en empresas de nueva creación y por inversión de beneficios) los apoyos en materia de la Seguridad Social a los emprendedores (cotización trabajadores en el RETA en los casos de pluriactividad con jornada laboral a tiempo completo o a tiempo parcial superior

no todos los consultados tienen clara la viabilidad de sus ideas, pues sólo el 19,9% de los jóvenes cree que su negocio triunfaría, frente a un 2,2% que no lo ve posible, y un amplio 77,8% tiene dudas sobre el éxito de la empresa.

Estos últimos datos nos pueden dar una idea del riesgo que conlleva la puesta en marcha del emprendimiento, que puede no resultar una medida de inserción laboral eficaz. No obstante, esto no supone ningún reto propiamente para el Derecho del Trabajo sino, en su caso, para los poderes públicos que son los encargados de llevar a cabo una política de empleo y educativa de calidad. En este sentido, otras formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo son las que pueden contribuir a que el autoempleo y el emprendimiento alcancen el objetivo de reducción de desempleo juvenil y que contribuya a alcanzar uno de los objetivos de la Estrategia Europea 2020.

V.- CONCLUSIONES

El Programa Nacional de Reforma del Reino de España 2013 contiene una serie de medidas que pretenden hacer frente al problema del desempleo juvenil y paliar las consecuencias sociales de la crisis. El compromiso durante 2013 es hacer hincapié en la aplicación efectiva de la reforma del mercado laboral, en la mejora de la aplicación de las políticas activas de empleo y en las políticas de inclusión social activa⁴⁸. Según el Informe de Evaluación de los efectos de la reforma laboral, el paro registrado entre los jóvenes menores de 25 años desde junio de 2012 ha disminuido en 28.940 personas, lo que supone un 6,39% de caída interanual. Casi 70.000 jóvenes se han beneficiado de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven, alrededor de 50.000 jóvenes autónomos se han beneficiado de la reducción del 80% en el régimen especial de la Seguridad Social (Tarifa Plana), y más de 20.000 han encontrado un empleo por cuenta ajena a través de alguno de los nuevos incentivos a la contratación establecidos. Los jóvenes emprendedores también encuentran apoyos en otras medidas adoptadas en los últimos meses, vinculadas a la Estrategia española de emprendimiento y empleo joven. La Ley

al 50 por ciento; reducciones a los trabajadores por cuenta propia y reducciones y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social para las personas con discapacidad que se establezcan como trabajadores por cuenta propia).

⁴⁸ De acuerdo con los objetivos de la Estrategia Europea 2020, que establece un nuevo sistema de coordinación de las políticas económicas (semestre europeo) para hacer frente a los retos de la crisis económica iniciada en la segunda mitad de 2008.

de emprendedores también debe contribuir a una mejor evolución del emprendimiento, un elemento esencial para facilitar un cambio más veloz de la estructura productiva. Todo ello debe animar la creación de negocios y la contratación de empleados por parte de trabajadores autónomos, contribuyendo al retorno al crecimiento.

En definitiva, esperamos que con el desarrollo de esta segunda fase de la reforma laboral iniciada en España en el 2013, reforzando las políticas activas de empleo y el fomento del emprendimiento, se consiga el esperado objetivo de flexiseguridad y que alcancemos un empleo joven autónomo y por cuenta ajena de calidad. Para ello es importante el acercamiento del Derecho del Trabajo a las diversas formas de manifestación del emprendimiento en el mercado de trabajo.