



Apuntes

Comentario al proyecto de ley de startups

BENITO ARRUÑADA

Apuntes Fedea 2022/01
Enero de 2022

fedea

*Las opiniones recogidas en este documento son las de sus autores
y no coinciden necesariamente con las de Fedea.*

Comentario al proyecto de ley de *startups*

Benito Arruñada*

1. Resumen

El Gobierno ha remitido a las Cortes el proyecto de ley de empresas “emergentes”, conocida como “ley de *startups*”¹, en el que se amplía e intenta sistematizar el tratamiento favorable que recibe este tipo de empresas en materia fiscal y regulatoria.

Esta iniciativa legislativa, lo mismo que, en general, el tratamiento favorable de la innovación empresarial mediante la variedad de medidas y subvenciones que esta nueva ley pretende ahora dotar de mayor coherencia parece ser aceptado por la opinión pública casi sin discusión. En concreto, el proyecto de ley ha merecido comentarios positivos del sector, al punto de que la mayoría de las críticas señalan que el tratamiento debería ser aún más favorable.

Las páginas que siguen plantean una visión más escéptica de este tratamiento de favor, y esbozan un esquema analítico para juzgar la pertinencia de este tipo de regulación y, en su caso, diseñar su contenido de una forma más racional.

Conviene advertir, por último, que el análisis se centra en la aplicación de ese tratamiento favorable a ese tipo de empresa emergente, sin entrar a considerar el mérito que tendría aplicar esas mismas medidas con carácter general o, al menos, a todas las empresas de nueva creación.

2. Introducción

Con el fin de corregir posibles deficiencias en la libre actuación del mercado, el Estado necesita regular la actividad de los agentes económicos; así como, para financiar su funcionamiento, necesita recaudar impuestos. Sucede que tanto la regulación como los impuestos afectan de forma diversa a distintos recursos y sectores productivos.

Para empezar, unos sectores requieren más o menos regulación debido a que se cree que generan más efectos externos negativos (por ejemplo, la banca); o porque sufren mayores asimetrías informativas entre productores y consumidores, los cuales serían supuestamente aliviadas por un régimen de autorizaciones administrativas (como es el caso de los medicamentos).

Asimismo, las regulaciones generales, al igual que los impuestos, pueden entrañar costes diferentes en distintos sectores, así como en distintas empresas o formas organizativas dentro de una misma actividad productiva. Al afectar de forma diferente a diversos sectores, estas cargas estarían condicionando la asignación de recursos y alejándolo potencialmente del óptimo colectivo. Quizá aún más grave, al afectar de modo diferente a distintas formas organizativas, estarían alejando la producción de

* Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra y BSE, e Investigador Asociado de FEDEA.

¹ Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 27 de diciembre de 2021, Serie A, núm. 81-1.

formas eficientes, distorsionando además la competencia entre tipos de empresas y formas organizativas. Se producen numerosas manifestaciones de este fenómeno, pues tanto la carga fiscal como la regulación afectan de forma notable todo tipo de decisiones, desde la integración vertical al crecimiento de la empresa.

Piénsese, por ejemplo, en que la integración se ve muy marcada por el tratamiento fiscal del *leasing* de activos o de los dividendos intragrupo y demás operaciones vinculadas; así como por el régimen legal de las restricciones verticales, que suelen prohibir a las empresas independientes prácticas como la fijación de precios de reventa que, sin embargo, son cotidianas en toda empresa integrada. De modo similar, la existencia tanto de economías como de deseconomías en la elusión y vigilancia de las normas fiscales y regulatorias afecta notablemente a las decisiones de crecimiento y estructuración empresarial.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que la organización del Estado, y, en concreto, de su regulación y fiscalidad también es costosa. En consecuencia, si bien la variedad normativa entre sectores puede reducir las ineficiencias que acabo de esbozar, lo hace al precio de unos mayores costes de funcionamiento del Estado. Cada nueva norma no sólo ha de redactarse y aplicarse, lo que suele requerir nuevas burocracias para gestionar la excepción (por ejemplo, hay que seleccionar beneficiario y vigilar que cumplan las condiciones), sino que está abierta a los costes derivados de la búsqueda de rentas que acometen los agentes económicos para lograr un trato de favor, tanto a priori, para que se promulgue la norma, como a posteriori cuando, una vez promulgada, dichos agentes modifican su actuación con el fin de obtener indebidamente los beneficios que la norma les proporciona.

Adicionalmente, toda excepción de este tipo suele afectar indirectamente al proceso político en cuanto a su capacidad efectiva para decidir el contenido de la norma general que es objeto de excepción. De hecho, a menudo las excepciones parecen estar guiadas no por un balance de sus costes y beneficios sino porque la excepción modifica el equilibrio político que sostiene la vigencia de la norma general, poniendo así en peligro su evaluación por la sociedad y su conformidad con el bienestar colectivo. He argumentado en otro trabajo que esta hipótesis tiene cierto poder explicativo del tratamiento favorable que disfruta la microempresa en nuestro ordenamiento, dando lugar a que existan notables barreras al crecimiento empresarial, visibles en las discontinuidades estadísticas observables en el número de empresas, asociadas a umbrales regulatorios como el de 50 trabajadores, cifra a partir de la cual se modifica el sistema de representación laboral, pero que también se usa como criterio para numerosas intervenciones públicas². Un caso similar, aún más importante, es el régimen laboral del servicio doméstico, que es excepcionalmente liberal comparado con el régimen general. Cabe imaginar que la opinión —según las encuestas, mayoritaria— en contra de liberalizar el mercado de trabajo cambiaría notablemente si la contratación en el ámbito del servicio doméstico se rigiera por reglas más similares a las del régimen laboral general. Cabe también pensar algo similar de los costes y cargas sociales asociadas al trabajo autónomo por cuenta propia respecto al trabajo por cuenta ajena.

² Arruñada, Benito (2021), “Umbrales y excepciones como fallo regulatorio”, FEDEA, *Estudios sobre la economía española*, 2021-20, Madrid, <https://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2021-20.pdf>. Reproducido en J. M. Delgado, E. Huerta y C. Ocaña (coord.), *Empresa, Economía y Sociedad: Homenaje a Vicente Salas Fumás*, FUNCAS, Madrid, 2021, pp. 319-42.

3. Las *startups* como excepción legal

Para analizar las características que el proyecto de ley supone que reúnen las empresas emergentes que pretende favorecer, es preciso aclarar primero qué entiende el legislador por “empresa emergente”, lo cual no es tarea fácil, quizá porque el propio legislador no parece tenerlo del todo claro. De ahí que en su intento de definición, pase de hablar de “emergente” a centrarse en la “innovación”; para luego proporcionar unos criterios de innovación notablemente ambiguos, que serán objeto de desarrollo reglamentario; y, finalmente, crear una nueva función acreditativa de la cualidad de empresa emergente, función que atribuye a la Empresa Nacional de Innovación, ENISA, entidad propiedad del Estado y dependiente del Ministerio de Industria.

3.1. La definición de empresa “emergente” como pequeña empresa innovadora

En concreto, la acreditación del carácter innovador de una empresa emergente viene definida en el artículo 4 del proyecto de ley en los siguientes términos³:

Se considerará que una empresa emergente es innovadora cuando su finalidad sea resolver un problema o mejorar una situación existente mediante el desarrollo de productos, servicios o procesos nuevos o mejorados sustancialmente en comparación con el estado de la técnica y que lleven implícito un riesgo de fracaso tecnológico o industrial. Los emprendedores que quieran acogerse a los beneficios y especialidades de esta ley deberán solicitar a ENISA, Empresa Nacional de Innovación SME S.A., que evalúe todas las características recogidas en los artículos 3 y 5, además del criterio del carácter innovador de su modelo de negocio. La innovación propuesta podrá ser de producto o de negocio.

La frase clave de dicho precepto es la de “productos, servicios o procesos nuevos o mejorados sustancialmente en comparación con el estado de la técnica y que lleven implícito un riesgo de fracaso tecnológico o industrial”, expresión que cabe interpretar de formas muy diversas, por lo cual no es posible saber qué abarca. Por mencionar a la empresa española más innovadora, los proyectos de Amancio Ortega para fabricar batas caseras en 1963 o abrir su primera tienda en 1975, ¿hubieran cualificado como innovadores, de modo que Zara hubiera podido beneficiarse de la condición de empresa emergente? Cabe dudarlo, porque lo que distinguía el modelo de negocio de Zara era y es algo tan poco formalizable e incluso comprensible para una estructura burocrática como su capacidad de adaptación a la demanda; pero es esa adaptación la que le ha permitido ser la única empresa española, junto con un par de clubs de fútbol, digna de mención en términos de dirección de empresas. En el fondo de esa definición jurídica, late una interpretación intelectual, incluso científicista, y en todo caso escasamente gerencial de la innovación. Sin embargo, como demuestran no sólo Zara, sino también empresas como Cosentino o Mercadona, es justamente en el plano gerencial en el que quizá podemos tener en España alguna ventaja comparativa, al revés que en el de la innovación de base más científica⁴, una realidad que se corresponde, por lo demás, con la calidad relativa de nuestras escuelas de negocio —punteras a escala global— y de nuestras universidades —cuya situación es muy inferior—.

³ Salvo referencia expresa al articulado, las citas al proyecto se toman de su exposición de motivos.

⁴ Si bien el proyecto de ley no se centra en seleccionar proyectos concretos, por lo que los riesgos de error y los problemas asociados a la búsqueda de rentas serán por tanto menores que en la selección de proyectos, hace algo parecido al establecer un mecanismo para seleccionar qué empresas deben o no considerarse innovadoras.

Este argumento de ventaja comparativa es generalizable: aceptando su definición de innovación y suponiendo unas externalidades positivas que el proyecto de ley ni siquiera se esfuerza en indicar, sería preciso discernir si nuestro país cuenta o no con ventajas comparativas que den sentido al apoyo público de ese tipo de empresa emergente, definida según el concepto de innovación que el Ministerio de Industria acaba adoptando. Nada podemos decir en este punto, pues el proyecto de ley no menciona tales ventajas comparativas, que parece dar por supuestas.

Adicionalmente, para cualificar como emergente, la empresa ha de cumplir otros requisitos: ser de nueva creación o tener un máximo de entre cinco y siete años según a qué se dedique; no formar parte de un grupo; tener la sede y al menos el 60% de la plantilla con contrato en España; no cotizar en Bolsa ni haber distribuido dividendos; y no superar en volumen de negocio los cinco millones de euros (artículo 3). Además, el incumplimiento de alguno de estos requisitos supone que deje de considerarse emergente y pueda acogerse a los beneficios de la ley. Por ejemplo, si al tercer año lograra vender más de cinco millones, perdería la condición de emergente.

Estas normas, en lo relativo a cotización y, sobre todo, al tope de ventas, parecen diseñadas para favorecer multitud de pequeños fracasos pero, implícitamente, castigar a las pocas empresas que logren, ya no tener éxito sino despegar: cinco millones de ventas es un umbral ridículamente bajo en muchos sectores; y que, por lo demás, deja fuera a aquellas empresas “innovadoras” que han tenido mayor éxito, como Cabify, Glovo o Wallapop.

3.2. ¿Ameritan esas empresas “emergentes” especial protección?

El proyecto de ley justifica el “tratamiento diferenciado respecto a empresas con modelos de negocio convencionales” con el argumento de que todas las “características de las empresas emergentes encajan mal con los marcos normativos tradicionales en el ámbito fiscal, mercantil, civil y laboral”. Estas características son las relativas a que están sujetas a mayores dosis de: riesgo, posibilidad de crecimiento exponencial, dependencia de trabajo cualificado y competencia internacional por capital tanto financiero como humano.

Ninguna de estas cuatro características deja de suscitar notables dudas. Por un lado, porque, para justificar la excepción, no basta con que esas características estén presentes en las nuevas empresas innovadoras, sino que habrían de estar presentes en ellas en mayor medida que en otras actividades y, en particular, más que en todo tipo de nuevas empresas. Por otro lado, cuando es razonable pensar que sí podrían presentarse (por ejemplo, una mayor dificultad por ser mayor el riesgo), no existen razones que recomienden una intervención correctora (esto es, que sea el Estado quien asuma y, especialmente, evalúe qué riesgos asumir y cuáles no).

Mayores riesgos y dificultades de financiación. El proyecto de ley apunta como primera característica de las empresas emergentes al elevado “riesgo derivado de su alto contenido innovador, la incertidumbre sobre el éxito de su modelo de negocio, que dificulta la financiación en las fases iniciales, al exigir capital para poder madurar y probar sus ideas antes de que la empresa empiece a generar ingresos”. En este sentido, es probable que sí exista correlación positiva entre riesgo e innovación, pero sólo si se entiende ésta en un sentido amplio, que no en el sentido estrecho que se deriva de la aplicación de los criterios legales que acabo de analizar. Sin embargo, incluso dejando a

un lado esta tipología de la innovación y aceptando así como válida esa característica diferencial, resulta más dudoso que consecuencias debemos extraer de ella.

Por un lado, la asunción de riesgos está sujeta a la lógica económica general: conviene asumir el nivel óptimo de riesgo y conviene que lo asuman los agentes económicos que, por sus preferencias y cartera de activos, están en mejores condiciones de asumirlo. No se alegan en el proyecto de ley y tampoco es obvio que existan efectos externos positivos derivados ya sea de que el empresario “emergente” asuma más riesgos o de que el Estado se los aminore. Tampoco está claro que el Estado tenga una especial ventaja respecto al mercado para calibrar cuál pueda ser el óptimo social a este respecto; ni siquiera, en la actualidad, en cuanto a la propia asunción de riesgos, al menos para riesgos de esa naturaleza y cuantía, que parecen fácilmente diversificables mediante los instrumentos comunes del mercado. Por último, la posible reticencia de los inversores para financiar proyectos con el perfil de riesgo propio de esas empresas puede contemplarse en realidad como un filtro cuyo resultado no tiene, en principio y a falta de mejor argumento, por qué separarse de dicho óptimo colectivo, como parece confirmar que el proyecto de ley se limite a afirmar pero nunca explicita motivo alguno para esa separación.

Mayor potencial de crecimiento. En segundo lugar, el proyecto de ley argumenta que las empresas emergentes deben ser favorecidas porque se caracterizan por “el potencial de crecimiento exponencial a través de economías de escala, que exige grandes inversiones de capital para permitir su rápida expansión en caso de éxito”. De nuevo, e incluso suponiendo ciertas esas economías de escala que, en realidad, pueden serlo en algunas pero no en todas las empresas emergentes, el argumento carece de sentido sin especificar antes por qué motivo sufrirían, para financiarse, esa dificultad adicional respecto a actividades con otras características. Además, el proyecto de ley incurre en una grave contradicción en esta materia, ya que el artículo 5, letra d) excluye de su ámbito de aplicación aquellas empresas emergentes que, quizá por disfrutar de economías de escala, experimenten un crecimiento que les permita superar en volumen de negocios los cinco millones de euros, una cifra relativamente modesta.

Captación de talento. La tercera característica que según el proyecto de ley justifica un tratamiento favorable de la empresa emergente es “su dependencia de la captación y retención de trabajadores altamente cualificados y de alta productividad desde las fases iniciales de la empresa, en las que no existe un flujo de ingresos para remunerarlos mediante instrumentos salariales clásicos”.

En este sentido, se suele argumentar que las *startups* sufren dificultades adicionales para captar talento, por al menos dos motivos. Por un lado, la retribución mediante opciones sobre acciones ha de tributar como rendimientos del trabajo, quedando así sujeta al tipo marginal y padeciendo potencialmente el efecto de la progresividad de la tarifa del IRPF. Por otro lado, la circulación transfronteriza sufre dificultades debido al régimen de visados y permisos de residencia. Sin embargo, ninguna de ambas dificultades parece exclusiva de las startups. No lo es claramente el régimen de visados, que afecta por igual a todos los individuos con independencia de a qué se dediquen.

Algo similar sucede con la progresividad del IRPF y la retribución con opciones. Sea cual sea su utilidad social, no está nada claro que afecte de forma diferente a los trabajadores de empresas emergentes, sino que sus efectos se dejan sentir en todo tipo de actividades cualificadas, basadas generalmente en inversiones intensivas en capital humano, desde las que realizan los juniors de McKinsey a los estudiantes de doctorado o, de forma quizá aún más acusada, los artistas y deportistas. Todas esas inversiones

comportan retribución diferida (así como elevados niveles de riesgo) y, por tanto, padecen la carga de la progresividad: cuando el individuo, tras años de inversión, recoge sus frutos, éstos tributan a un tipo marginal mucho más elevado que el tipo de las rentas de capital, el cual, ciertamente, parece el tipo más ajustado a la naturaleza económica de las decisiones.

La única diferencia real que podría justificar un trato diferenciado reside precisamente en las posibilidades de elusión mediante movilidad entre jurisdicciones fiscales. Aunque, al tratarse de capital humano, la movilidad resulta más costosa en términos vitales, se trata de un coste fijo que es tanto más asumible cuanto mayores sean los ingresos y más internacionalizado esté dicho capital. Es esta movilidad la que dificulta el *enforcement* y genera la habitual *race to the bottom* entre jurisdicciones.

Sin embargo, ambas características del capital humano distan de ser privativas de las empresas emergentes, afectando a muchas otras actividades (deportistas, diseñadores, *influencers*, artistas, incluso investigadores de alto nivel). En esa medida, el privilegiar una u otra actividad habría de basarse en otros argumentos, como la posible existencia de efectos externos, pero no en la estructura retributiva *per se*.

Competencia internacional. Precisamente, por último, el proyecto de ley alega que las empresas emergentes están expuestas “a una fuerte competencia internacional por captar capital y talento extranjero”. Como acabo de señalar, es una excusa inaceptable en ausencia de efectos externos privativos de las empresas emergentes, pues, en la medida en que fuera cierta, podría aplicarse por igual a muchas otras actividades y empresas.

3.3. Externalidades ausentes, o peor

Conviene señalar que las únicas menciones encontradas en el texto del proyecto de ley a posibles efectos externos se refieren a la ubicación de empresas emergentes en el medio rural y, en general, áreas geográficas ajenas a las grandes ciudades; y a la residencia en territorio nacional de nómadas digitales.

Sin embargo, en ambos casos, el legislador extrae conclusiones opuestas a la más elemental lógica económica.

Por un lado, el proyecto de ley afirma que:

En España se ha desarrollado un incipiente ecosistema de empresas emergentes en torno a algunos polos de atracción de talento, capital y emprendedores, que despuntan en el panorama europeo. Más allá de los centros urbanos, es fundamental fomentar el desarrollo de polos de atracción de empresas emergentes en ciudades periféricas, así como en entornos rurales, favoreciendo la interrelación de estas empresas y de los territorios para así aumentar su oportunidad de éxito.

Junto con el injustificado optimismo del legislador cuando habla de que nuestras empresas “despuntan en el panorama europeo”, es criticable que se proponga favorecer la dispersión de actividades innovadoras, pues al hacerlo contradice la abundante evidencia sobre los efectos positivos de los clústeres de innovación.

Algo similar cabe pensar de los nómadas digitales, de los cuales argumenta que:

La atracción de este tipo de perfiles [profesionales altamente cualificados que desarrollan su actividad, por cuenta propia o ajena, mediante herramientas electrónicas] tiene efectos positivos en su nuevo lugar de residencia. El más obvio es el económico: se trata de profesionales altamente cualificados cuyos ingresos procedentes del exterior se destinan a

vivir en el entorno de su elección. Contribuyen a activar el consumo, con el consiguiente impacto sobre la economía local. Además, a través de sus conexiones, enriquecen el talento local y generan red y oportunidades de valor para otros profesionales. Esto es especialmente valioso en entornos de innovación y ecosistemas emprendedores, como el sector audiovisual, entre otros.

Sin embargo, su residencia en España no garantiza en absoluto su implicación en el sistema nacional de innovación, que, por lo demás, la ley limita al 20% el porcentaje de facturación que pueden realizar en España (D.F. 5.9); y máxime si lo que buscan entre nosotros es “la benigna climatología, la forma de vida, la seguridad ciudadana, la cultura o la gastronomía” (por no hablar de “las excelentes universidades”).

3.4. Los posibles costes de la burocracia

El proyecto de ley sigue la estrategia de reducir los costes de la burocracia pública extendiendo dicha burocracia e integrando en la Administración funciones de “ventanilla única” que previamente venía desarrollando el sector privado.

Como se ha dicho anteriormente, el proyecto de ley atribuye “la acreditación formal del emprendimiento innovador” a ENISA, la Empresa Nacional de Innovación SME, S.A., que “dispondrá de los recursos necesarios para desplegar un procedimiento sencillo, rápido y gratuito para el emprendedor”. Esta “acreditación, ineludible para poder acogerse a los beneficios fiscales y sociales establecidos en esta ley, será eficaz frente a todas las Administraciones y entes que deban reconocerlos”.

Merece la pena comentar varios aspectos.

Por un lado, es dudosa la competencia de ENISA para certificar qué empresas merecen o no un trato especial⁵. Hasta ahora, su misión se define como la de prestar “apoyo financiero a pequeñas y medianas empresas que... quieren impulsar sus proyectos de emprendimiento innovador”. Sin embargo, parece ser más efectiva como herramienta de comunicación que de intermediación y apoyo financiero; con unos gastos de explotación de 9 millones de euros, gestionó en 2020 una carretera de créditos participativos no vencidos de 209 millones y créditos nuevos por un valor de 83,4 millones, con 2.000 solicitudes, de las cuales aprobó 506, con un importe promedio de 164.822€; pero generó 3.100 “impactos en medios de comunicación”⁶.

En cuanto a la eficacia de las ventanillas únicas públicas respecto a la actuación de agentes facilitadores privados, está abierta a discusión, como toda cuestión empírica, pero los precedentes españoles no son precisamente halagüeños⁷. Resulta incluso más claro que su engañosa “gratuidad” respecto al usuario es probable que sea perniciosa, pues la ocultación del coste a los usuarios-contribuyentes dificulta la supervisión y facilita así la supervivencia de organismos ineficaces.

⁵ Véase al respecto información sobre el equipo directivo, presupuestos y actividades en <https://www.enisa.es/>.

⁶ Los gastos de personal de 3,2 millones retribuyen a sus 52 empleados con un gasto promedio de 61.281€. Los otros gastos de explotación (excluidas transferencias por 7,8 millones) se elevan a 5,8 millones, incluidos 3,6 millones de impagados y provisiones. Fuente de los datos: ENISA, *Informe anual 2020*, <https://www.enisa.es/es/cultura-de-emprendimiento/info/nuestra-organizacion>.

⁷ Véase “El fiasco de las ventanillas únicas públicas”, en Arruñada, Benito (2010), *Formalización de empresas: Costes frente a eficiencia institucional*, Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 307-ss.

Por último, el proyecto de ley contempla la creación de todo un nuevo aparato de comunicación, que en este caso incluye: (1) “la publicación de un portal web con información actualizada que, necesariamente, habrá de figurar también en inglés”; (2) “la realización de un informe anual... sobre la aplicación de la ley”; y “la evaluación continua de la ley a través de un foro de empresas emergentes”. Una interpretación de todo ello es que, con estas medidas, se destinan fondos públicos a poner los cimientos de un *lobby* que coordine y aglutine los intereses simbióticos del ecosistema formado por este tipo de empresa emergente y las burocracias públicas que le dan apoyo.

4. Conclusión

La necesaria actuación del Estado, con sus cargas fiscales y regulatorias, dificulta la creación y crecimiento de todas las empresas. En esencia, el proyecto de ley justifica el trato de favor con el argumento de que las empresas emergentes sufren dificultades mayores que las empresas convencionales.

Sin embargo, esa justificación parece insuficiente a falta de cumplir dos requisitos. Por un lado, comprobar la existencia de efectos externos que el texto legal apenas si menciona y que, por tanto, en modo alguno demuestra. Por otro, una vez demostrados esos efectos externos, sería preciso identificar qué empresas o actividades concretas los producen. Pese a no demostrar la existencia de tales efectos externos, el proyecto encomienda a una burocracia pública la tarea de identificar a quienes, implícitamente, supone que los producen.

Semejante dupla de indefinición y poder de decisión aumenta la posibilidades de que la discrecionalidad al aplicar la ley origine consecuencias indeseables: competencia desleal por parte de las empresas favorecidas; desperdicio de ventajas comparativas, al dedicar recursos escasos a actividades inadecuadas; y redistribución y costes reales, derivados tanto de la búsqueda de rentas como de la burocratización de las decisiones económicas.