

Aspectos mercantiles de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (Ley de Startups)

Nerea Monzón Carceller

Abogada

Doctora en Derecho

Profesora Asociada de Derecho Mercantil Universidad de Murcia

Diario LA LEY, Nº 10262, Sección Tribuna, 5 de Abril de 2023, LA LEY

ÍNDICE

[Aspectos mercantiles de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes \(Ley de Startups\)](#)

[I. Introducción](#)

[II. Concepto de Empresa Emergente o Startup](#)

[1. Persona Jurídica](#)

[2. Requisitos](#)

[3. Especialidad en caso de grupos de sociedades](#)

[4. Procedimiento para la obtención de la condición de empresa emergente y acreditación](#)

[A\) Procedimiento pendiente de desarrollo](#)

[B\) Aspectos básicos del procedimiento](#)

[C\) Posibles convenios con empresas colaboradoras](#)

[D\) Acreditación](#)

[5. Startup de estudiantes](#)

[6. Fin de la aplicación de los beneficios y especialidades de la LFEEE](#)

[III. Especialidades aplicables a las empresas emergentes constituidas como sociedad limitada](#)

[1. Reducción de plazos para la inscripción registral \(art. 11.1 LFEEE\)](#)

[A\) Sin estatutos tipo](#)

[B\) Con estatutos tipo](#)

[2. Posibilidad de empleo del Documento Único Electrónico](#)

[3. La supuesta posibilidad anunciada en el Preámbulo de crear la empresa emergente en un solo paso mediante otorgamiento del número de identificación fiscal](#)

[4. Aranceles y tasas](#)

[5. Pactos de socios](#)

[A\) Publicidad registral de los pactos de socio](#)

[B\) Prestación accesoria de suscribir pactos de socio](#)

[6. Inaplicabilidad temporal de la causa de disolución por pérdidas](#)

[7. Autocartera con la finalidad de ejecutar un plan de retribuciones](#)

[IV. Otros beneficios, especialidades y medidas para empresas emergentes](#)

[V. Conclusiones](#)

Comentarios

Resumen

La Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, conocida como Ley de Startups, ha implementado un conjunto de beneficios e incentivos específicos en el ámbito fiscal, mercantil, civil y laboral tendentes al impulso de la creación y el crecimiento de las denominadas empresas emergentes. En el presente artículo se analiza el concepto de empresa emergente, detallando los requisitos y procedimiento para obtener la acreditación como tal, y se explican los beneficios e incentivos que poseen naturaleza mercantil.

Palabras clave

Empresa Emergente, Startups, Empresa, Ecosistema, Sociedad Limitada, Oficina Nacional de Emprendimiento (ONE), CIRCE, DUE, Punto de Atención al Emprendedor, Autocartera, Aranceles, Disolución, Pérdidas, Estatutos Tipo, Pactos de Socios, Prestaciones Accesorias, Registro Mercantil, ENISA, Inversores, Sociedad Laboral, Sociedad Cooperativa, Socios, Administradores, Persona Jurídica, Dividendos, Constitución, Fusión, Escisión, Transformación, Tecnológica, Sede Social, Mercado Regulado, Grupos de Sociedades.

Abstract

Law 28/2022, of December 21, for the promotion of the ecosystem of emerging companies, known as the Startup Law, has implemented a set of specific benefits and incentives in the fiscal, commercial, civil and labor fields aimed at promoting the creation and growth of so-called start-ups. This article analyzes the concept of emerging company, detailing the requirements and procedure to obtain accreditation as such, and the benefits and incentives that have a commercial nature are explained.

Keywords

Emerging Company, Startups, Company, Ecosystem, Limited Company, National Entrepreneurship Office (ONE), CIRCE, DUE, Entrepreneur Service Point, Treasury Stock, Tariffs, Dissolution, Losses, Standard Bylaws, Partners Agreements, Ancillary Benefits, Mercantile Registry, ENISA, Investors, Labor Company, Cooperative Society, Partners, Administrators, Legal Entity, Dividends, Constitution, Merger, Spin-off, Transformation, Technological, Headquarters, Regulated Market, Groups of Companies.

I. Introducción

Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (LA LEY 26453/2022) (en adelante, LFEEE (LA LEY 26453/2022)), tiene como objetivo el impulso de la creación y el crecimiento de las denominadas empresas emergentes, situando a España a la vanguardia de ese campo a base de implementar un conjunto de medidas específicas en el ámbito fiscal, mercantil, civil y laboral alineadas con los programas europeos y, en especial, con el estándar europeo nación emprendedora (EU startup nation standard (1)).

La empresa emergente o startup se puede definir como una empresa basada en una idea de negocio innovadora, disruptiva en el mercado, con fuerte vinculación tecnológica (internet y TIC) y completamente orientada al cliente, que persigue satisfacer una necesidad concreta de la sociedad con un modelo económico exponencial y escalable. Su origen se sitúa en los años 50 en Silicon Valley. Se distancia de las reglas clásicas de una empresa por su necesidad de financiación creciente y de un equipo multidisciplinar de reducido tamaño, las pruebas ensayo-error a las que someten el producto o servicio y la vocación de negocio global. Suelen tener cinco fases de crecimiento: (i) fase inicial o *seed stage*, que es su fase germinal, en la que surge la idea de negocio y se plantea su futuro desarrollo (2); (ii) fase temprana o *early stage*, en la que se lanza el producto o servicio y se va generando la cartera de clientes; (iii) fase de crecimiento o *growth stage*, en la que la empresa ya se encuentra consolidada e intenta acaparar su nicho de mercado; (iv) fase de expansión o *expansion stage*, en la que aspira a internacionalizarse o acaparar grandes cuotas de mercado y representa el momento de mayor riesgo; (v) fase de salida o *exit*, en la que la empresa se vende o entra en bolsa. Se apunta que el ecosistema de startups en España se caracteriza por una amplia inversión en gran variedad de sectores, la escasa duración de la mayoría de startups, que no sobreviven a la edad temprana (solo una de cada diez sobrevive pasados los tres años), así como por tener unos ratios de éxito bastante cuestionables, constituyendo «una máquina feroz de crear frustraciones, dramas humanos y desempleados a corto y medio plazo».

La conocida como Ley de Startups (LA LEY 26453/2022) implementa un marco normativo tendente, no solo a la



creación y crecimiento de empresas emergentes, sino también al seguimiento y evaluación de sus resultados sobre el ecosistema español de empresas emergentes (art. 1 LFEEE (LA LEY 26453/2022)), aunque la realidad es que contiene más propaganda que beneficios empresariales significativos, al menos desde el punto de vista mercantil.

El principal órgano encargado de velar por el cumplimiento de los objetivos es la Oficina Nacional de Emprendimiento (ONE), configurada como ventanilla única de servicios para emprendedores digitales y empresas emergentes.

De este modo, no sin pecar de una visión un tanto utópica del emprendimiento, la LFEEE (LA LEY 26453/2022) afirma perseguir generar un ecosistema que potencie la aparición y crecimiento de las startups, atraiga a potenciales inversores de este perfil empresarial —business angels (3) — e incentive el establecimiento en España de los emprendedores o trabajadores a distancia altamente cualificados —nómadas digitales—, atraídos, según el Preámbulo, por las buenas condiciones de conectividad que sitúan a nuestro país como el primero en despliegue de fibra óptica dentro de la Unión Europea, así como por la climatología, cultura y forma de vida, entre otros. El ecosistema de empresas emergentes se potencia promoviendo la inversión pública en startups y la colaboración público-privada.

La Ley fue publicada en el BOE de fecha 22 de diciembre de 2022, entrando en vigor al día siguiente de dicha publicación (Disposición final decimotercera) y se compone de veintiséis artículos, agrupados en siete títulos, así como de siete disposiciones adicionales, una transitoria y trece finales y presume de ser «resultado del intenso proceso de consulta pública» y de la audiencia pública del anteproyecto de ley.

Su condición de ley especial viene destacada en la Disposición final novena, de modo que, cuando se trate de empresas emergentes, sus preceptos desplazan a los de otras disposiciones del ordenamiento jurídico que regulen las mismas materias de forma diferente. En el caso de las normas de la LFEEE (LA LEY 26453/2022) que se limitan a establecer excepciones o especialidades a las normas del derecho vigente cuando se apliquen a empresas emergentes, se prevé su integración con tales normas (y, en su caso, sus reglamentos de desarrollo) en tanto no contravengan las disposiciones de la LFEEE (LA LEY 26453/2022).

El apartado VIII del Preámbulo es el encargado de cumplir con la justificación de la adecuación de la LFEE a los principios de buena regulación previstos en el art. 129 de la *Ley 30/2015 (LA LEY 14034/2015)*, de 1 de octubre, de *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. Así, se indica que (i) es una norma necesaria y eficaz para la concesión de beneficios e incentivos a las empresas emergentes (4) (ii) cumple con el requisito de la proporcionalidad, al contener regulación imprescindible para minimizar la carga administrativa que impone para asegurar los beneficios e incentivos que contiene (5) ; (iii) el principio de seguridad jurídica se entiende cumplido alegando que la reforma es congruente con el ordenamiento jurídico y persigue la alineación del régimen jurídico nacional con el europeo, manteniendo los instrumentos legislativos vigentes (6) ; (iv) el principio de transparencia se asegura a través del Boletín Oficial del Estado (7) y mediante los trámites de consulta, audiencia e información pública observados, incluyendo informes emitidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Consejo Económico y Social (8) ; (v) y el principio de eficiencia se cumpliría alegando la no imposición de cargas administrativas que no sean estrictamente necesarias (9) .

La LFEEE (LA LEY 26453/2022) valora positivamente el emprendimiento en serie, destacando el apartado II del Preámbulo que la experiencia demuestra que aumenta las posibilidades de éxito de liderar empresas económicamente rentables el emprender varios proyectos consecutivos o simultáneos. Por este motivo, se permite que se apliquen los incentivos a otras empresas constituidas por los mismos socios, contemplando en este ámbito el «mecanismo de la segunda oportunidad». En esta línea, algún autor apunta que la probabilidad de fracaso de la startup disminuye considerablemente con la experiencia de los fundadores y que casi la mitad de los emprendedores ha creado más de una empresa, aunque algunos han vuelto a ser empleados antes de decidir volver a emprender (10) .

Los objetivos generales que la ley confiesa perseguir serían: (i) el fomento de la creación, el crecimiento y la relocalización de microempresas y pymes emprendedoras, favoreciendo su internacionalización; (ii) la atracción de talento y capital internacional hacia las empresas emergentes españolas; (iii) el estímulo de la inversión pública y privada en empresas emergentes; (iv) el favorecimiento de la interrelación empresas-agentes financiadores-territorio, con especial interés en atraer las empresas emergentes hacia entornos rurales, principalmente a los despoblados; (v) el impulso de la vinculación entre formación profesional/universidad y empresas emergentes (11) ; (vi) la

transferencia de conocimientos de la Universidad y de los organismos públicos de investigación y demás agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación al mundo empresarial; (vii) la supresión de brechas de género en las empresas emergentes españolas; (viii) el desarrollo de polos de atracción de empresas e inversores; (ix) el impulso de la compra pública de empresas emergentes; (x) el asegurar un sistema estatal de ayudas al emprendimiento basado en innovación; y (xi) el seguimiento de la evolución del ecosistema de empresas emergentes, así como de la consecución de resultados de la ley (art. 2 LFEEE (LA LEY 26453/2022)).

La LFEEE (LA LEY 26453/2022) afirma utópicamente pretender descentralizar las empresas emergentes mediante el desarrollo de polos de atracción de estas en ciudades periféricas y entornos rurales, a fin de dotar a todos los ciudadanos de una red igualitaria de oportunidades, sea cual sea su lugar de residencia. La lectura de parte de la LFEEE (LA LEY 26453/2022) conduce a imaginar a un trabajador comunitario teletrabajando con su portátil en una aldea rural de la España vaciada mientras cultiva su huerto ecológico, gastando en nuestro país sus ingresos procedentes del exterior, visión más propagandística que ajustada a la realidad.

Al mismo tiempo, otro de los objetivos declarados de la LFEE es la atención especial al talento femenino en el emprendimiento, tratando de eliminar las brechas de género existentes, aunque parece más una declaración de intenciones que una preocupación real, pues no existen medidas específicas para las emprendedoras, más allá de la mera previsión que se realiza en el art. 20.3 LFEEE (LA LEY 26453/2022) de velar por reducir la brecha de género como acción prioritaria dentro de las medidas estatales de fomento de empresas emergentes.

La LFEEE (LA LEY 26453/2022) contiene, por tanto, mucha declaración de buenas intenciones que, sin embargo, no se apoya en medidas efectivas.

Se encuentra incluida en el Plan Anual Normativo de 2021 y en la Agenda España Digital 2023, por lo que constituye uno de los hitos incluidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (LA LEY 9394/2021) (12) , que persigue dotar a los Estados miembros de fondos de la UE para apoyar la recuperación empresarial, para lo cual complementa sus programas de inversión específicos, en especial (i) el Fondo Next Tech, gestionado por el Instituto de Crédito Oficial (ICO) para la movilización de capital público y privado para el crecimiento de empresas emergentes en tecnologías disruptivas —las que, por su innovación, cambian la vida de las personas— (ii) así como el Fondo de apoyo al emprendimiento femenino gestionado por la Empresa Nacional de Innovación (ENISA) (13) .

Se sitúa, por tanto, dentro del mismo marco normativo que otras leyes aprobadas recientemente, como la *Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (LA LEY 20692/2022)*, conocida como «Ley Crea y Crece (LA LEY 20692/2022)», que ha introducido importantes novedades en la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada para facilitar la creación de nuevas empresas, en especial, la rebaja del capital social mínimo de 3 000 euros a un euro o la agilización de la constitución telemática de sociedades imponiendo la obligatoriedad de la escritura pública de constitución con formato estandarizado, con o sin estatutos sociales tipo. O la *Ley 16/2022, de 5 de septiembre (LA LEY 19331/2022)*, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (LA LEY 6274/2020), para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (LA LEY 11089/2019), sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (LA LEY 10613/2017) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), que ha acometido una reforma estructural de calado del sistema de insolvencia, basada principalmente en la mejora de los instrumentos concursales, la reforma del procedimiento de segunda oportunidad —el régimen jurídico de la exoneración del pasivo insatisfecho era tan estricto que había convertido su aplicación en residual— o el establecimiento de un procedimiento especial para microempresas (14) más ágil, con reducción de costes y mediante la realización de activos a través de una plataforma electrónica de liquidación. El propio Preámbulo, apartado I, reconoce que la LFEEE (LA LEY 26453/2022) «se ve complementada por las medidas previstas en la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (LA LEY 20692/2022), así como en la reforma del marco concursal, dirigidas a mejorar la calidad normativa y el clima de negocios, favoreciendo la eficiencia y la productividad a lo largo de todo el ciclo de creación, crecimiento y reestructuración empresarial.»

Como también apunta el mismo Preámbulo, las especiales características de las empresas emergentes dificultan su encaje en el marco normativo tradicional. En concreto, la LFEEE (LA LEY 26453/2022) sitúa como principales trabas a

las que se enfrentan las siguientes; (i) el alto riesgo inherente a la innovación (ii) la incertidumbre sobre el éxito de su modelo de negocio, que complica la obtención de financiación empresarial (iii) el potencial de crecimiento exponencial a través de economías de escala, de modo que, de alcanzar el éxito, precisaría inversiones para su rápida expansión (iv) su dependencia para atraer y conservar trabajadores altamente cualificados en las fases iniciales de la empresa por la dificultad de remunerarlos mediante los instrumentos salariales tradicionales y (v) la competencia a nivel internacional por captar capital y talento extranjero.

A juicio del legislador, inspirado por los programas de fomento de las startups en otros países de nuestro entorno, la solución a tales inconvenientes debe centrarse en tres focos: (i) el establecimiento de un conjunto de beneficios fiscales para los emprendedores y sus trabajadores e inversores (ii) la reducción de trabas administrativas y la simplificación de los visados y (iii) dotar de flexibilidad la gestión empresarial y la aplicación de principios mercantiles y concursales (15).

El acceso a los beneficios y especialidades que contiene la LFEEE (LA LEY 26453/2022) precisa reunir determinados requisitos específicos, cuya acreditación se efectúa ante ENISA (Empresa Nacional de Innovación, S.M.E., S.A.). Incluso, pese a cumplir todos esos requisitos, la empresa tampoco podrá beneficiarse de las ventajas de las empresas emergentes si (i) no está al corriente en el pago de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social (ii) existe una condena en sentencia firme por la comisión de determinados delitos o (iii) una condena a no poder obtener subvenciones o ayudas públicas o (iv) si ha perdido la posibilidad de contratar con la Administración Pública.

Tales beneficios de EE son de naturaleza temporal, concluyendo, bien con la estabilización empresarial, bien con el transcurso de un período temporal.

En el presente trabajo se analizan los beneficios y especialidades mercantiles que para las empresas emergentes contiene la LFEEE (LA LEY 26453/2022).

II. Concepto de Empresa Emergente o Startup

1. Persona Jurídica

El primer requisito para poder ser considerada empresa emergente es tratarse de una persona jurídica (art. 3.1 LFEEE (LA LEY 26453/2022)), quedando descartado el empresario persona natural (16). El Anteproyecto de LFEEE (LA LEY 26453/2022), sin embargo, incluía como posible empresa emergente al emprendedor de responsabilidad limitada, inclusión suprimida en la tramitación parlamentaria de la norma, lo que resulta acertado, dado que los restantes requisitos exigidos son, en su mayoría, específicos para personas jurídicas.

Puede tratarse de cualquier tipo de persona jurídica, aclarando expresamente que quedan comprendidas las de base tecnológica creadas al amparo de la *Ley 14/2011, de 1 de junio (LA LEY 11431/2011), de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación*, entendiéndose por tal a aquella cuya actividad requiere la generación o un uso intensivo de conocimiento científico-técnico y tecnologías para la generación de nuevos productos, procesos o servicios y para la canalización de las iniciativas de investigación, desarrollo e innovación y la transferencia de sus resultados (art. 3.2 LFEEE (LA LEY 26453/2022)). Las empresas de base tecnológica *spinoff* que se originen en las universidades españolas podrán también ostentar la consideración de startups si reúnen los requisitos (art. 18 LFEEE (LA LEY 26453/2022)).

La Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 193/1994, de 7 marzo, definía la empresa mercantil como *una unidad patrimonial, propia de la persona individual o colectiva, integrada no solamente por determinados elementos singulares sino también por el elemento preponderante de la organización, fuente del dinamismo creador y de la actividad en la esfera de la producción económica, rasgos o señas todas ellas de identidad que obligan a la organización empresarial, como tal unidad patrimonial, al cumplimiento de cuantas obligaciones le incumben*.

2. Requisitos

Además de ser persona jurídica, el acceso a los beneficios de empresa emergente precisa reunir simultáneamente los siguientes requisitos:

A) Ser empresa de nueva creación o de escasa antigüedad

Para ostentar la condición de empresa emergente se requiere:

- Ser una empresa recién creada (17) .
- O una empresa cuya antigüedad no supere 5 años. El cómputo de dicho plazo comienza el día de la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad en el Registro Mercantil o, en su caso, el de Cooperativas.

Sorprende que la LFEEE (LA LEY 26453/2022) afirme en su Preámbulo permitir la constitución de sociedades con el otorgamiento de número de identificación fiscal, completando posteriormente el resto de trámites y, sin embargo, el requisito de la antigüedad venga exclusivamente referido a la inscripción registral. Podría darse el caso de una sociedad creada tras la LFEEE (LA LEY 26453/2022) que no solicitase inicialmente el acceso a los beneficios e incentivos que dicha norma concede. ¿Qué sucedería si se solicita el reconocimiento de la condición de empresa emergente cuando han transcurrido más de 5 años desde el otorgamiento del número de identificación fiscal, pero no desde la inscripción registral? Si atendemos a la interpretación literal del art. 3.1.a) LFEEE (LA LEY 26453/2022), debería tener accesos a los beneficios. Sin embargo, con arreglo al espíritu de la Ley, no se le deberían reconocer tales ventajas pues, en tal caso, bastaría el incumplimiento de la obligación de inscripción registral para dejar abierta *sine die* la posibilidad de acceder al reconocimiento de la condición de empresa emergente.

La LFEEE presume que la mayoría de empresas emergentes ostentarán la forma social de sociedad de responsabilidad limitada

La LFEEE (LA LEY 26453/2022) presume que la mayoría de empresas emergentes ostentarán la forma social de sociedad de responsabilidad limitada. No obstante, dados los términos en que está redactado el requisito, quedan comprendidas todas las personas jurídicas inscribibles en el Registro Mercantil (18) , así como todas las sociedades cooperativas. Igualmente, hay que entender incluidas a las sociedades civiles por su objeto que no tengan forma mercantil pues, pese a no estar obligadas a su inscripción en el Registro Mercantil, pueden hacerlo (Disposición adicional octava de la Ley Crea y Crece (LA LEY 20692/2022)).

La limitación de la inscripción registral al Mercantil y al de Cooperativas impide alcanzar esta condición a otro tipo de personas jurídicas, como las asociaciones —objeto del Registro de Asociaciones— o las fundaciones —inscribibles en el Registro de Fundaciones—. La ausencia de ánimo de lucro de determinadas personas jurídicas no debería ser un impedimento para su consideración como posible empresa emergente, especialmente teniendo en cuenta la interpretación del requisito del ánimo de lucro reflejada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en su Resolución de fecha 17 de diciembre de 2020 (BOE 9-1-21). Dicha resolución admitió el carácter mercantil de una sociedad limitada cuyos estatutos indicaban expresamente que la sociedad carecía de ánimo de lucro, basándose en que se ha de diferenciar entre ánimo de lucro en sentido subjetivo (obtención de ganancias repartibles o lucro personal de los socios) y ánimo de lucro en sentido objetivo (obtención de ganancias o ventajas patrimoniales que no se reparten entre los socios, sino que se destinan a un fin común, social, que es ajeno al enriquecimiento de sus socios, como la promoción de la integración laboral y social de personas afectadas por una discapacidad), bastando la existencia de ánimo de lucro en sentido objetivo para que pueda ser mercantil una sociedad.

El plazo de 5 años se amplía a 7 años de tratarse de empresas que pertenezcan a ciertos sectores estratégicos o que hayan desarrollado tecnología propia, cuya determinación se realizará *a posteriori* mediante orden ministerial, debiendo incluir en todo caso a los sectores de la biotecnología, la energía y los industriales.

El Senado rechazó la enmienda número 1, propuesta por GPN, que ampliaba a 7 el plazo general de 5 años y a 8 el de 7 años previsto para las empresas de sectores estratégicos, así como la número 19, propuesta por GPD, y las número 47 y 50, ambas propuestas por GPMX y la número 66, propuesta por GPP, que proponían ampliar tales plazos a 7 y 12 años.

B) No surgir de la modificación estructural de empresas no emergentes

Para evitar que, mediante un fraude de ley, se intente hacer pasar como empresa de nueva o reciente creación una procedente de la modificación estructural de otra persona jurídica que no reúna tales requisitos, el art. 3.1.b) LFEEE (LA LEY 26453/2022) exige que la empresa emergente no haya surgido de una operación de:

- (i) **Fusión.** Se incluye en este supuesto la fusión por constitución de nueva sociedad, es decir, aquella modalidad que implica reunir en una nueva sociedad los respectivos patrimonios sociales de dos o más

sociedades, que se extinguen con la fusión, adquiriendo la nueva sociedad por sucesión universal los derechos y obligaciones de las empresas extinguidas (art. 23.1 LME). Pero también la fusión por absorción por parte de una empresa ya existente (19) de dos o más sociedades si una de las empresas participantes en la operación —ya sea sociedad absorbente, ya sea sociedad absorbida— no reúne los requisitos para ser considerada empresa emergente.

Igualmente, quedan comprendidas todas las operaciones que la LME contempla como asimiladas a la fusión, es decir, las operaciones mediante las cuales una sociedad que no pueda ser considerada empresa emergente se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquella (art. 53 LME)

(ii) Escisión. Hay que entender incluidas todas las modalidades de escisión que contempla el art. 68.1 LME cuando la sociedad escindida (o la beneficiaria) no pueda ser considerada empresa emergente:

(a) Escisión total, es decir, aquella modalidad que conlleva la extinción de una sociedad que no tenga la condición de empresa emergente (sociedad escindida), con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde (art.69 LME).

(b) Escisión parcial, esto es, aquella modalidad que implica el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad no emergente, cada una de las cuales debe formar una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo el capital social en la cuantía necesaria (art. 70 LME).

(c) Segregación, entendiéndose por tal el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad que no tenga la consideración de empresa emergente, cada una de las cuales debe formar una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.

No se acierta a comprender el motivo por el que el art. 3.1.b) LFEEE (LA LEY 26453/2022) aclara en su último inciso que «los términos concentración o segregación se consideran incluidos en las anteriores operaciones» toda vez que la segregación es una de las tres modalidades de escisión legalmente previstas.

Se deben considerar incluidas las operaciones que la LME contempla como asimiladas a escisión, es decir, la constitución de sociedad íntegramente participada mediante la transmisión de patrimonio que contempla el art. 72 LME.

(iii) Transformación. La transformación de una empresa no emergente adoptando otro tipo social distinto, pero manteniendo su personalidad jurídica (art. 3 LME), no da lugar al reconocimiento de la sociedad transformada como empresa emergente. *Contrario sensu*, la empresa emergente que se transforme en otro tipo social diferente no perderá por tal motivo los beneficios e incentivos que se le hayan conferido en aplicación de la LFEEE (LA LEY 26453/2022).

La enmienda n.º 51, propuesta por GPMX, que fue rechazada, añadía que, en caso de fusión, se consideraría a la nueva empresa como sucesora de la de mayor antigüedad entre las participantes en la fusión y, en caso de escisión o transformación, serían sucesoras de las anteriores a efectos de antigüedad, lo que supone desconocer que la empresa resultante de la transformación no es una nueva empresa distinta y sucesora de la anterior, sino la misma empresa con otro tipo social.

Además del traslado del domicilio social al extranjero, el art. 3.1.b) LFEEE (LA LEY 26453/2022) omite otra modalidad

de modificación estructural, la cesión global de activo y pasivo, es decir, aquella operación por la que una sociedad inscrita transmite (20) en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario (art. 81.1. LME). A la vista de tal omisión debemos plantarnos si, en el supuesto en que una empresa no emergente ceda globalmente su activo y pasivo a otra persona jurídica, que adquiere en bloque todo su patrimonio por sucesión universal a cambio de abonar una contraprestación distinta de la que indica la LME, la persona jurídica cesionaria podría ser considerada empresa emergente. Pese a no contemplar la LFEEE (LA LEY 26453/2022) expresamente la cesión global de activo y pasivo, parece que, de intervenir en la cesión global de activo y pasivo una empresa no emergente, la cesionaria (y la cedente, de no quedar extinguida) no podrá ser considerada empresa emergente, pues el deseo del legislador es evitar el fraude de ley haciendo pasar por empresa de nueva o reciente creación a la que no lo es, situación que también puede producirse en la cesión global de activo y pasivo, por lo que debe considerarse encuadrada en la referencia final que el art. 3.1.b) LFEEE (LA LEY 26453/2022) realiza genéricamente a «concentración o segregación».

C) Ausencia de distribución de dividendos o retornos

Para poder ser reconocida como empresa emergente, la persona jurídica no puede haber acordado repartir dividendos, si es sociedad de capital, o retornos, de ser cooperativa. El Senado rechazó la enmienda n.º 4, propuesta por GPN, que solicitaba la supresión de este requisito.

Aunque la práctica totalidad de empresas emergentes adoptará el tipo social de sociedad de responsabilidad limitada, la referencia a dividendos o retornos plantearía la duda, más teórica que práctica, de si se entienden incluidos o no en la condición del art. 3.1.c) LFEEE (LA LEY 26453/2022) otras modalidades de reparto de beneficios o ganancias, como la participación en las ganancias del socio colectivo o comanditario (arts. 140 (LA LEY 1/1885) y 148 C.Com (LA LEY 1/1885)) o el reparto de beneficios en las sociedades de garantía recíproca (arts. 51 a 53 LSGR). La respuesta debería ser afirmativa atendiendo al espíritu de la ley, que pretende fomentar el crecimiento empresarial recompensando a quienes apuestan por la creación de una empresa novedosa renunciando a una eventual participación en beneficios hasta lograr la consolidación del negocio.

Esta condición no plantea el problema de la posible separación del socio por falta de distribución de dividendos, puesto que el art. 348 bis LSC solo reconoce tal derecho al socio a partir del quinto ejercicio contado desde la fecha de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

D) No cotizar en un mercado regulado

No podrán ser consideradas empresas emergentes las que coticen en cualquier modalidad de mercados secundarios oficiales, que son, principalmente, las Bolsas de Valores, el Mercado de Renta Fija pública y privada (AIAF) y el Mercado de Futuros y Opciones (MEFF). El Senado rechazó la enmienda n.º 5, propuesta por GPN, que solicitaba la eliminación de esta condición.

E) Tener su sede social, domicilio social o establecimiento permanente en España

La sociedad de capital, para ser considerada empresa emergente, deberá tener en nuestro país, bien «el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección», bien el lugar «en el que radique su principal establecimiento o explotación», bien ambos (art. 9 LSC).

También podrán ser consideradas como empresa emergente los establecimientos permanentes que se instalen en España de empresas extranjeras. Con más razón también podrán serlo las sucursales españolas de empresas extranjeras, de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil (art. 81.1.k) RRM), ya que estas disponen, además, de un representante, así como de cierta autonomía.

F) Tener al 60% de su plantilla con un contrato laboral en España

Se exige para ser empresa emergente que al menos el 60% de la plantilla tenga contrato laboral en España

También se exige para ser empresa emergente que al menos el 60% de la plantilla tenga contrato laboral en España (21) . No se precisa, en cambio, que los contratos sean indefinidos, por lo que se entenderán también incluidos aquellos trabajadores con contratos formativos, de duración determinada o fijos discontinuos. Por tanto, el cómputo de plantilla se hará sobre la totalidad de los trabajadores, siendo indiferente el tipo de contrato

laboral. Igualmente, se han de considerar incluidos los trabajadores contratados mediante ETT, al no fijar limitación alguna al respecto.

Para el examen de dicho requisito deberá atenderse al cómputo medio de trabajadores, es decir, la media de los trabajadores que se encuentran de alta. Dicho cálculo requiere tomar como referencia un período temporal concreto que, sin embargo, el art. 3.1.f) LFEEE (LA LEY 26453/2022) no recoge expresamente. Ante ese silencio, y mientras la futura orden ministerial no concrete este aspecto, habría que entender que el requisito debe cumplirse en el momento en que se solicite el reconocimiento de la condición de empresa emergente.

De tratarse de una sociedad cooperativa, se aclara que serán considerados como trabajadores de plantilla a estos efectos los socios trabajadores y socios de trabajo, cuya relación es de naturaleza societaria, facilitando así el cumplimiento de esta condición.

G) Desarrollo de un proyecto de emprendimiento innovador con modelo de negocio escalable

La definición de empresa innovadora es excesivamente ambigua, pues se considera como tal aquella cuya finalidad sea resolver un problema o mejorar una situación existente mediante el desarrollo de productos, servicios o procesos nuevos, o mediante la mejora sustancial de los anteriores en comparación con el estado de la técnica y que lleve implícito un riesgo de fracaso tecnológico, industrial o en el propio modelo de negocio. (art. 3.2 LFEEE (LA LEY 26453/2022)).

La certificación del emprendimiento innovador y escalable del modelo de negocio se lleva a cabo por ENISA, Empresa Nacional de Innovación, S.M.E., S.A. para lo cual deberá observar los criterios que se determinen conjuntamente por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y el Ministerio de Ciencia e Innovación en la futura orden ministerial, criterios que podrán estar basados en referencias tanto nacionales como internacionales (art. 4.1 LFEEE (LA LEY 26453/2022)).

Pese a la remisión al desarrollo normativo posterior, el art. 4.3 LFEEE (LA LEY 26453/2022) establece los criterios a desarrollar para el análisis del grado de innovación del proyecto emprendedor y de la escalabilidad del modelo de negocio:

(i) Grado de innovación, que podrá ser de producto o de negocio.

Sorprendentemente, la primera pauta que indica para valorar positivamente el carácter innovador del modelo de negocio es la obtención de financiación pública en los tres últimos años, sin que esta haya sido revocada por falta o deficiente ejecución del proyecto financiado.

Dicho requisito no podrá cumplirlo una empresa de nueva creación. Aun suponiendo que logre obtener financiación pública en sus primeros años de vida, si la pérdida de las ventajas de ser empresa emergente se produce a los 5 años desde su creación (art. 6.a LFEEE (LA LEY 26453/2022)) y antes de solicitar y obtener dicha acreditación de la ENISA debe esperar el tiempo necesario lograr financiación pública, ¿cuánto tiempo le va a quedar para disfrutar los beneficios legales?

La segunda y última pauta que se indica para apreciar la innovación es la realización de considerables gastos en investigación, desarrollo e innovación tecnológica respecto de los gastos totales de la empresa durante los dos ejercicios anteriores o, en el caso de empresas con menos de dos años de antigüedad, en el ejercicio anterior. De nuevo, se advierte que las empresas de nueva creación tendrán dificultades para acreditar el carácter innovador si no se tienen en cuenta parámetros adicionales. Por otro lado, ¿qué sucede cuando los gastos en I + D los ha llevado a cabo el fundador antes de crear la empresa? De tratarse de un descubrimiento científico realizado por una persona física antes de la creación de la futura empresa estaríamos privando a esta última del carácter emprendedor por el hecho de que el esfuerzo principal ya ha sido previamente llevado a cabo por su dueño.

(ii) Grado de atractivo del mercado. A estos efectos, se habrán de tener en cuenta, entre otros, la oferta y la demanda en el sector, la generación de tracción o estrategias de captación de usuarios o clientes.

Estos criterios plantean algunos problemas. ¿Cómo se valora la oferta y la demanda si la empresa crea un producto o servicio novedoso, no comparable con otros similares?

Por otro lado, valorar positivamente la captación de usuarios o clientes podría incentivar estrategias

cuestionables que podrían incurrir en posibles actos de competencia desleal o en operaciones comercialmente arriesgadas que podrían desembocar en la calificación culpable en un eventual proceso de naturaleza concursal, lo que no debería ser premiado ni incentivado

(iii) Fase de vida de la empresa. La referencia a la valoración positiva de la implementación de prototipos y la obtención de un producto mínimo viable o la puesta en marcha en el mercado del servicio parece indicar que tiene preferencia a efectos de este criterio una empresa en fase de crecimiento (reciente creación) que una empresa en fase de nacimiento (nueva creación), pese al silencio normativo.

(iv) Modelo de negocio. Se tiene en cuenta a estos efectos la escalabilidad del número de usuarios, del número de operaciones o de la facturación anual. De nuevo, valorar positivamente la capacidad de respuesta y crecimiento de la empresa a medida en que aumentan sus clientes, ventas o facturación dificulta la obtención de la condición de empresa emergente por parte de una empresa de nueva creación.

(v) Competencia. Se valora a estos efectos tanto el número de empresas competidoras en ese ámbito o sector como la capacidad de la empresa emergente para diferenciarse de su competencia. A diferencia de los anteriores, el ser una empresa de nueva creación no debe suponer una especial dificultad para la apreciación de este criterio.

(vi) Equipo. El criterio indicado es la valoración de la experiencia, formación y trayectoria del equipo que componga la empresa. Una vez más, este criterio representa un hándicap importante para la empresa de nueva creación, que tendrá que acudir al *currículum* del/los emprendedor/es persona física que hay detrás del proyecto y, en su caso, precontratos o contratos recién firmados con los futuros miembros del equipo. Debería exigirse un período mínimo de permanencia a sus miembros, a fin de evitar fraudes, incorporando al equipo a personas de prestigio que, una vez obtenida la acreditación de empresa emergente, desaparezcan del mismo.

(vii) Dependencia de proveedores, suministradores o contratos de alquiler. Hay que entender que la dependencia se valora negativamente, pese al silencio legal. Si la empresa emergente pertenece a sectores que requieran materias primas críticas, tendrá dificultades para acreditar este criterio. Respecto del contrato de alquiler, para alegar que no existe dependencia habría varias opciones: (i) que la empresa fuese propietaria de sus instalaciones, normalmente por aportación de los socios al tiempo de la constitución de la empresa; (ii) en su defecto, que el inmueble fuese propiedad de un socio/administrador, quien lo arrendaría (o cedería el uso sin exigir contraprestación) a la sociedad, en cuyo caso se diluye la dependencia; (iii) o bien acreditar que no existe dependencia porque la empresa puede trasladarse con facilidad de un local/oficina/nave a otro sin incurrir en costes significativos, así como que existe suficiente oferta en la zona de inmuebles de las características que precisa la empresa.

(viii) Clientes, valorando el número de estos. La empresa de nueva creación carecerá de clientes o usuarios en la gran mayoría de los casos.

Resultará complejo obtener la certificación del emprendimiento innovador y escalable del modelo de negocio en caso de empresas de nueva creación, dado que la mayoría precisan cierto período de rodaje empresarial

Como se advierte, resultará complejo obtener la certificación del emprendimiento innovador y escalable del modelo de negocio en caso de empresas de nueva creación, dado que la mayoría de ellos precisan cierto período de rodaje empresarial. Esto supone, por el contrario, que la empresa que consiga obtenerlo podrá disfrutar los beneficios durante un período muy breve, lo que, a su vez, desincentivará la solicitud de acreditación en los casos en los que, como suele decirse, *cueste más la salsa que el pollo*.

Por otro lado, en muchos casos la concesión o no de la certificación dependerá de la habilidad comercial y de marketing del solicitante, dado que la apreciación del cumplimiento o no de los criterios queda, en buena medida, en manos de la subjetividad de quien la examine, salvo que

mediante la futura orden ministerial se perfilen con mucho mayor detalle los criterios a valorar.

H) Requisitos adicionales para sus fundadores y directivos

a) ¿Qué se entiende por fundadores y directivos?

Reunir todos los requisitos establecidos en el art. 3.1 LFEED (LA LEY 26453/2022) es condición necesaria, pero no

suficiente, para obtener la acreditación de empresa emergente, pues el apartado 3 del art. 3 LFEEE (LA LEY 26453/2022) establece otros requisitos adicionales, referidos a los socios fundadores y a quienes dirigen la empresa emergente, bien por sí mismos bien a través de persona interpuesta o testafierro (socio oculto/administrador de hecho en la sombra).

La generalidad con la que está redactado el precepto plantea numerosos problemas prácticos:

- ¿Se incluye cualquier fundador, por insignificante que pueda ser su participación en el capital social? Por ejemplo, un socio fundador de una SL con el 1% del capital social o un socio de una SL que ha aportado tan solo un euro al capital social. Debe tenerse en cuenta que el art. 6 LFEEE (LA LEY 26453/2022) únicamente contempla la pérdida de los beneficios de empresa emergente cuando la condena por los tipos delictivos afecta a socios titulares de una participación de al menos el 5% del capital social. Dado que el precepto no distingue, parece que el requisito de estar al corriente en el pago de tales deudas deben reunirlos todos los socios, con independencia de su participación en el capital social o del valor económico de su aportación (o, incluso, de la falta de aportación al capital, en el hipotético e improbable caso de un socio colectivo). De haber querido fijar un porcentaje mínimo, el legislador lo habría previsto expresamente, como sucede en el art. 6.f) LFEEE (LA LEY 26453/2022).
- ¿Qué se entiende por directivo? ¿Queda limitado a los administradores sociales o miembros del Consejo Rector o se extiende también a un posible gerente o director general (22) de la empresa o, incluso, a otros posibles cargos, como director financiero, comercial o de recursos humanos, entre otros? El empleo de la expresión directivo en lugar del vocablo administrador, que sí utiliza, en cambio, el ya citado art. 6.f) LFEEE (LA LEY 26453/2022), sugiere que el concepto es más amplio que el de administrador. En mi opinión, para considerar a un no administrador como directivo de la posible empresa emergente no bastaría con que así lo indicase en su tarjeta de visita (gerente, director general, etc.), sino que sería necesario estar dado de alta como trabajador especial de alta dirección.
- Si el órgano de administración adopta la forma de Consejo de Administración, ¿están incluidos todos los miembros del órgano de administración o únicamente los que ostentan funciones ejecutivas (consejero delegado)? Parece que quedarían incluidos todos los miembros del órgano de administración con derecho de voto, con exclusión del secretario o vicesecretario si fuesen no consejeros.

Si bien la referencia a quienes actúen a través de persona interpuesta resulta loable, en la práctica resultará difícil que la ENISA pueda advertir la condición de socio oculto o administrador en la sombra de la documentación que le presente la interesada en la obtención de la acreditación de empresa emergente. A estos efectos, quizá hubiera sido deseable incluir expresamente en la redacción del art. 3.3 LFEEE (LA LEY 26453/2022) al apoderado general, cargo tras el que en numerosas ocasiones se oculta el socio/administrador en la sombra.

b) Estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social

El primero de los requisitos adicionales es que fundadores y directivos se encuentren al corriente en el pago de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

Respecto de las tributarias, el art. 74 del *Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (LA LEY 9196/2007)*, por el que se aprueba el *Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos*, recoge los requisitos de la certificación de encontrarse al corriente de las obligaciones tributarias: a) Estar dado de alta en el Censo de Empresarios, Profesionales y Retenedores, cuando se trate de personas o entidades obligados a estar en dicho censo, así como en el Impuesto sobre Actividades Económicas, cuando se trate de sujetos pasivos no exentos en dicho impuesto. b) Haber presentado las autoliquidaciones que correspondan por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre Sociedades o el Impuesto sobre la Renta de no Residentes. c) Haber presentado las autoliquidaciones y la declaración resumen anual correspondiente a las obligaciones tributarias de realizar pagos a cuenta. d) Haber presentado las autoliquidaciones, la declaración resumen anual y, en su caso, las declaraciones recapitulativas de operaciones intracomunitarias del Impuesto sobre el Valor Añadido. e) Haber presentado las declaraciones y autoliquidaciones correspondientes a los tributos locales. f) Haber presentado las declaraciones exigidas con carácter general en cumplimiento de la obligación de suministro de información reguladas en los artículos 93 (LA LEY 1914/2003) y 94 de la *Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LA LEY 1914/2003)*.

g) No mantener con la Administración tributaria expedidora del certificado deudas o sanciones tributarias en período ejecutivo, salvo que se trate de deudas o sanciones tributarias que se encuentren aplazadas, fraccionadas o cuya ejecución estuviese suspendida. h) No tener pendientes de ingreso multas ni responsabilidades civiles derivadas de delito contra la Hacienda pública declaradas por sentencia firme. Tales circunstancias se certificarán por cada Administración tributaria respecto de las obligaciones para cuya exigencia sea competente.

Por tanto, queda comprendida cualquier deuda con la administración tributaria —estatal, autonómica o local—, no únicamente con la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Por el contrario, no impiden estar al corriente las deudas aplazadas, fraccionadas o con ejecución suspendida.

En cuanto a las deudas con la Seguridad Social, únicamente pueden tener deudas con la Seguridad Social quienes están obligados a abonar cotizaciones u otros pagos, bien como autónomos, bien como empresarios, y solo impiden estar al corriente las deudas vencidas.

Por lo que se refiere a la exigencia de este requisito, cabe apuntar la posible contradicción entre las declaraciones del Preámbulo, que presumen de fomentar la inversión pública en empresas emergentes y las segundas oportunidades, con el veto a la empresa por el hecho de que algún directivo o socio no esté al corriente con la Administración, por innovador que sea su proyecto empresarial.

c) Ausencia de condena en sentencia firme por ciertos delitos o a determinadas penas

Los fundadores y directivos de la empresa que pretenda acreditarse como emergente no pueden haber sido condenadas en sentencia firme:

- (i) por delitos de administración desleal, insolvencia punible, delitos societarios, delitos de blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos de prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales o delitos urbanísticos,
- (ii) y/o con la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

El catálogo de delitos y penas resulta bastante acertado, si bien se echa en falta algún tipo delictivo comprendido en la prohibición de ser administrador del art. 213.1 LSC, que incluye a los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad. Concretamente, hubiera sido deseable que la relación del art. 3.3 LFEEE (LA LEY 26453/2022) incluyese también los delitos contra la Administración de Justicia y, sobre todo, cualquier clase de falsedad. En cambio, parece acertado la no inclusión en el listado de otros tipos delictivos del art. 213.1 LSC, como los delitos contra la libertad o contra la seguridad colectiva, puesto que, pese a su indudable gravedad, no guardan relación con el mundo empresarial.

d) Posibilidad de contratación con la Administración Pública

El último condicionante adicional del art. 3.3 LFEEE (LA LEY 26453/2022) es que los fundadores y directivos de la empresa no hayan perdido la posibilidad de contratar con la Administración, lo que requiere no estar afectado por las prohibiciones para contratar que recoge el art. 71 de la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público* (LA LEY 17734/2017), que incluyen, entre otras: (i) la condena mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio; (ii) la sanción firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social; (iii) solicitar o haber sido declarada en concurso o insolvente, salvo que adquiera eficacia un convenio o se inicie un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber

sido inhabilitados, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso; (iv) no estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social o, en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad y con la obligación de contar con un plan de igualdad; (v) estar incursos los administradores o personas a ellos vinculadas en incompatibilidad por razón de su cargo o haber contratado a quienes lo ostentaban en los dos años siguientes a su cese mientras no transcurra dicho límite temporal.

3. Especialidad en caso de grupos de sociedades

Si la empresa que solicita la condición de empresa emergente forma parte de un grupo de empresas, entendiéndose por tal el que reúna los requisitos del art. 42 del Código de Comercio (LA LEY 1/1885), será necesario que todas las empresas que lo integren cumplan todas las condiciones del art. 3.1 LFEEE (LA LEY 26453/2022).

4. Procedimiento para la obtención de la condición de empresa emergente y acreditación

A) Procedimiento pendiente de desarrollo

La empresa que desee obtener el reconocimiento como empresa emergente deberá solicitarlo a la ENISA, Empresa Nacional de Innovación, S.M.E., S.A., para lo cual se ha de observar un procedimiento que se encuentra pendiente de desarrollo mediante la indicada orden ministerial conjunta (art. 4.1 LFEEE (LA LEY 26453/2022)) (23) y del que la ENISA publicará en su página web un manual o guía especificando sus detalles y la documentación requerida.

B) Aspectos básicos del procedimiento

Pese a ello, el art. 4.2 LFEEE (LA LEY 26453/2022) indica algunos aspectos del futuro procedimiento:

(i) Duración. El procedimiento de evaluación se ha de completar en un plazo no superior a tres meses a contar desde la presentación de la solicitud completa en el registro electrónico habilitado. Por tanto, si la documentación inicialmente acompañada no estaba completa, el plazo de tres meses se suspenderá cuando se requiera al interesado la subsanación de deficiencias o la aportación de la documentación necesaria. No obstante, la Disposición transitoria única establece que el plazo de tres meses únicamente será aplicable a partir de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la ley, es decir, a partir del 23 de mayo de 2023.

(ii) Silencio positivo. El transcurso del plazo de tres meses sin que se haya notificado al interesado la resolución expresa, dará lugar a la estimación de la solicitud por silencio administrativo positivo, lo que es de valorar positivamente.

C) Posibles convenios con empresas colaboradoras

El art. 4.5 LFEEE (LA LEY 26453/2022) abre la puerta a subcontratar la tramitación, gestión documental, difusión y seguimiento de la solicitud con terceras entidades colaboradoras mediante la suscripción de un convenio, que habrá de especificar la documentación a presentar y los criterios para la evaluación del carácter innovador de la empresa y la escalabilidad del modelo de negocio. Esas entidades colaboradoras podrán ser autonómicas.

En este punto hubiera sido deseable encargar directamente estos trámites a los Puntos de Atención al Emprendedor (PAE), creados con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LA LEY 15490/2013), y cuya regulación reforma la Ley Crea y Crece (LA LEY 20692/2022). Son definidos como oficinas pertenecientes a organismos públicos y privados, incluidas las notarías y los registros mercantiles, así como puntos virtuales de información y tramitación telemática de solicitudes, encargados de facilitar la creación de nuevas empresas, el inicio efectivo de su actividad y su desarrollo, a través de la prestación de servicios de información, tramitación de documentación, asesoramiento, formación y apoyo a la financiación empresarial (art. 13. 1 y 2 LAEI). A tal fin, emplean el sistema de tramitación telemática CIRCE, cuya sede electrónica se ubica en el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (art. 13.3. LAEI). ¿Quién mejor que estos puntos de ayuda al emprendedor para asesorar y ayudar a la empresa a obtener su reconocimiento como empresa emergentes?

Por otro lado, sorprende que la contratación de terceras entidades colaboradoras se realice mediante convenio cuando, precisamente, la Ley Crea y Crece (LA LEY 20692/2022) ha sustituido los convenios con PAE por un procedimiento administrativo específico para adquirir dicha condición.

D) Acreditación

Tras comprobar la concurrencia de todas las condiciones y requisitos, la ENISA debe expedir la correspondiente documentación acreditativa de la condición de empresa emergente para su inscripción en el Registro Mercantil o de Cooperativas. Por tanto, el órgano competente para conceder la acreditación es la ENISA. Por el contrario, en el Anteproyecto de LFEEE (LA LEY 26453/2022) se encomendaba al registrador mercantil la competencia para comprobar la concurrencia de los requisitos legales para adquirir o perder la condición de empresa emergente.

Según el art. 5.1 LFEEE (LA LEY 26453/2022), la inscripción en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil o, en su caso, en el de Cooperativas, de la condición de empresa emergente permite acogerse a los beneficios y especialidades de la LFEEE (LA LEY 26453/2022). Ahora bien, si se trata de una empresa constituida mediante otorgamiento del número de identificación fiscal y cuya inscripción está pendiente —posibilidad que, como más adelante se analiza, apunta el apartado V del Preámbulo, ¿puede obtener la condición de empresa emergente? En caso afirmativo, mientras no quede inscrita no podrá inscribirse su condición de empresa emergente pues, en virtud del principio de tracto sucesivo registral, «para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto» (art. 11 RRM y, en el mismo sentido, art. 19 C.Com (LA LEY 1/1885)). Se trata de interrogantes que deben quedar resueltos en la futura orden.

Se obliga a los Registros Mercantiles a habilitar un procedimiento gratuito de consulta en línea, en el que poder comprobar la fecha de constitución e inscripción de la sociedad, el NIF, el nombre o razón social, el representante legal, su domicilio social y la condición de empresa emergente. La consulta podrá realizarla cualquier persona, sin que el art. 5.2 LFEEE (LA LEY 26453/2022) exija acreditar interés legítimo. La gratuidad del procedimiento dará lugar a que, antes de solicitar una nota simple de una sociedad, se consulte si goza de la condición de empresa emergente para, en caso afirmativo, poder obtener sin pagar cierta información mercantil, aunque es cierto que la que contiene una nota simple es mayor, al alcanzar a otros datos, como los relativos a posibles apoderados, auditores, depósitos de cuentas o legalización de libros, entre otros.

El mismo procedimiento de consulta en línea debe permitir a los organismos colaboradores acreditar algún requisito para su comprobación en línea por el Registro.

Los datos relativos a ayudas europeas u otras que no puedan consultarse en línea serán proporcionadas a ENISA, al Colegio de Registradores de España y al Registro de Cooperativas por los organismos públicos competentes.

La Administración tributaria, a los efectos de aplicar los incentivos fiscales, podrá comprobar en todo momento el cumplimiento y mantenimiento en el tiempo de los requisitos legales (art. 5.1 LFEEE (LA LEY 26453/2022)), por lo que ya se deja claro que serán objeto de los futuros planes de inspección y gestión tributaria.

En la misma línea, de advertir el notario autorizante de la escritura de constitución, el registrador mercantil o el encargado del Registro de cooperativas que la empresa se ha constituido en fraude de ley para la obtención de la condición de empresa emergente, deberá ponerlo en conocimiento de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, comunicación que deberá notificar al interesado.

El Anteproyecto de LFEEE (LA LEY 26453/2022) y el Proyecto de LFEEE (24) publicado en el BOCG el 14 de octubre de 2022 iban más allá ordenando al notario denegar el otorgamiento de la escritura de constitución y al registrador mercantil rechazar su inscripción en caso de apreciar fraude de ley en la constitución empresarial, decisiones que habrían de estar motivadas y serían susceptibles de recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

5. Startup de estudiantes

La Disposición adicional cuarta de la LFEEE (LA LEY 26453/2022) ordena desarrollar reglamentariamente los requisitos y límites para la creación de *startups* de estudiantes como herramienta pedagógica, contemplando medidas específicas de información y asistencia a estas para facilitarles atender sus obligaciones tributarias y contables. Su duración quedará limitada a un curso escolar, prorrogable otros dos más.

Su constitución correrá a cargo de la organización promotora del programa de estudios, que será la encargada de realizar las transacciones económicas y monetarias, la emisión de facturas, la apertura de cuentas bancarias, así como de la suscripción de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. Para dicha constitución emplearán el sistema CIRCE y estarán asistidas por los Puntos de Atención al Emprendedor que así lo soliciten a la

ENISA en colaboración con la Escuela de Organización Industrial, Fundación EOI, F.S.P.

De constituirse como sociedad de responsabilidad limitada, los socios no responderán personalmente de las deudas sociales, pero, salvo que gocen de exención total, los estudiantes (o el centro educativo) deberán sufragar los gastos inherentes a su constitución. La normativa reglamentaria deberá regular la participación o no de los socios en las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de su liquidación.

6. Fin de la aplicación de los beneficios y especialidades de la LFEEE

Los beneficios y especialidades que reconoce la LFEEE (LA LEY 26453/2022) quedan extinguidos:

A) En todo caso, por el transcurso del plazo de 5 años (7 en caso de pertenecer a alguno de los sectores estratégicos que recoja la futura orden).

Se trata de beneficios temporales exclusivos para empresas de nueva o reciente creación, de modo que, cuando su constitución deje de ser reciente, los beneficios desaparecen.

B) Aunque no haya transcurrido dicho período, cuando concurra alguna de las siguientes causas:

(i) Extinción de la empresa. Por extinción habría que entender la cancelación de la hoja abierta a dicha empresa en el Registro Mercantil o de Cooperativas, sin tener en cuenta a estos efectos la doctrina del TS recogida en la famosa Sentencia (Sala Primera) de 24 de mayo de 2017 (STS 1991/2017), según la cual la cancelación de asientos registrales no produce eficacia constitutiva de la extinción de la persona jurídica de la sociedad, subsistiendo tal personalidad en caso de pasivos sobrevenidos insatisfechos. A los efectos de la LFEEE (LA LEY 26453/2022), bastaría la cancelación registral para entender extinguida la empresa, dando lugar a la pérdida de los beneficios legales, sin perjuicio del mantenimiento de personalidad jurídica por parte de aquella en caso de existir acreedores insatisfechos.

(ii) Adquisición de la empresa emergente por otra que no ostente dicha condición. Hubiese sido deseable mayor precisión en la redacción de este supuesto, pues plantea la duda de si se refiere exclusivamente al nuevo dueño persona jurídica o si incluye también al nuevo dueño persona física que no reúna los requisitos que para los fundadores establece el art. 3.3 LFEEE (LA LEY 26453/2022). Parece que debe incluir a ambos. Es indiferente que la adquisición tenga lugar por compraventa de participaciones sociales o acciones o cuotas o en virtud de una modificación estructural u operación asimilada a ellas (25) .

(iii) Obtención de un volumen de negocio anual superior a 10 millones de euros. Al no precisar período temporal, hay que entender que bastaría con un ejercicio. Tampoco concreta si basta con que se refleje en unas cuentas anuales formuladas o si también se precificaría que estuviesen auditadas, en su caso, aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil o, por el contrario, los directivos deberían ponerlo en conocimiento de la ENISA desde el mismo momento en que advierten la superación de dicho límite, sin necesidad de esperar siquiera al cierre del ejercicio contable en cuestión. En el Anteproyecto de LFEEE (LA LEY 26453/2022) el límite de volumen de negocio anual quedaba fijado en 5 millones de euros. Por el contrario, la enmienda número 54, propuesta por GPMX, defendía aumentar dicho límite a 25 millones de euros, aunque no prosperó.

(iv) Desarrollar una actividad que dañe significativamente al medio ambiente en los términos previstos en el *Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio (LA LEY 10115/2020) de 202 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 (LA LEY 18644/2019)*.

En concreto, conforme al art. 17 del Reglamento, se considerará que una actividad económica causa un perjuicio significativo: (i) a la mitigación del cambio climático, cuando la actividad dé lugar a considerables emisiones de gases de efecto invernadero; (ii) a la adaptación al cambio climático, cuando la actividad provoque un aumento de los efectos adversos de las condiciones climáticas actuales y de las previstas en el futuro, sobre sí misma o en las personas, la naturaleza o los activos; (iii) a una utilización y protección sostenibles de los recursos hídricos y marinos, cuando la actividad vaya en detrimento del buen estado o del buen potencial ecológico de las masas de agua, incluidas las superficiales y subterráneas, o buen estado ecológico de las aguas marinas; (iv) a la economía circular, especialmente a la prevención y el reciclado de residuos, cuando: a) dicha actividad genere importantes ineficiencias en el uso de materiales o en el uso directo o indirecto de recursos naturales, como las fuentes de energía no

renovables, las materias primas, el agua o el suelo en una o varias fases del ciclo de vida de los productos, en particular en términos de durabilidad y de posibilidades de reparación, actualización, reutilización o reciclado de los productos, b) la actividad dé lugar a un aumento significativo de la generación, incineración o eliminación de residuos, excepto la incineración de residuos peligrosos no reciclables, o c) la eliminación de residuos a largo plazo pueda causar un perjuicio significativo y a largo plazo para el medio ambiente; (v) a la prevención y el control de la contaminación, cuando la actividad dé lugar a un aumento significativo de las emisiones de contaminantes a la atmósfera, el agua o el suelo, en comparación con la situación existente antes del comienzo de la actividad, o (vi) a la protección y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas, cuando la actividad vaya en gran medida en detrimento de las buenas condiciones y la resiliencia de los ecosistemas, o vaya en detrimento del estado de conservación de los hábitats y las especies, en particular de aquellos de interés para la Unión.

Para analizar el perjuicio se deberá tener en cuenta el impacto ambiental tanto de la propia actividad como de los productos y servicios generados por esa actividad a lo largo de todo su ciclo de vida.

(v) Condena por sentencia firme a los socios titulares de al menos el 5% del capital social o a los administradores por delitos de administración desleal, insolvencia punible, delitos societarios, delitos de blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos de prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales o delitos urbanísticos.

La condena a que se refiere este apartado es la posterior a la obtención de la acreditación de empresa emergente pues, de ser anterior, debería haber impedido dicho reconocimiento, salvo que se tenga conocimiento con posterioridad (26) .

Al referirse únicamente a los tipos delictivos del art. 3.3 LFEEE (LA LEY 26453/2022) y no a los tipos de condena previstos en la citada norma se plantea la duda de si también produce la pérdida de los beneficios el que los socios o administradores sean condenados mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas. La respuesta debe ser negativa. Si se compara la redacción del art. 3.3. con la del art. 6.f) LFEEE (LA LEY 26453/2022) se advierte que el legislador ha empleado deliberadamente distinta terminología (socio/socio titular de al menos el 5%; directivos/administradores/delitos y pena/delitos), por lo que hay que suponer que la omisión de la referencia a las penas ha sido intencionada.

Por el mismo motivo, la condena impuesta a directivos no administradores no produce la extinción de los beneficios legales.

En cuanto a los socios, es de agradecer la exigencia de un capital mínimo del 5%, dado que la condena a un socio con porcentaje poco significativo no debería privar a la empresa emergente de los beneficios legales.

La titularidad del capital social puede ser tanto directa como indirecta. La indirecta puede generar mayores dificultades de prueba, especialmente si la futura orden ministerial no exige acreditar a la empresa solicitante la relación de socios con sus correspondientes porcentajes de participación en el capital social. Incluso, aun exigiendo tal acreditación, la composición del capital social podría variar tras la obtención de la acreditación, por lo que la ENISA no podría detectar la existencia de esta causa si el socio condenado no fue fundador o, aun siéndolo, si su porcentaje pasó de ser inferior al 5% del capital social a igual o superior a dicha cifra. Por tanto, la futura orden ministerial debería exigir, no solo justificación documental y declaración responsable de la titularidad social, sino la actualización periódica de tal declaración responsable, con obligación de comunicar cualquier cambio que se produzca en la titularidad del capital social.

Aun imponiendo tal obligación de justificación, la falsedad de la información suministrada por la empresa emergente no podría ser fácilmente detectada, toda vez que las transmisiones de participaciones sociales o acciones no se inscriben en el Registro Mercantil (art. 94 RRM).

III. Especialidades aplicables a las empresas emergentes constituidas como sociedad limitada

Según el Preámbulo, apartado I, se reducen los obstáculos detectados en la creación y crecimiento de startups referidos a las exigencias del derecho mercantil y a los trámites burocráticos, aunque, en realidad, muchas de las supuestas ventajas no son tales, pues no representan especialidad alguna con respecto a la situación anterior.

Durante la tramitación parlamentaria de la LFEEE (LA LEY 26453/2022) se suprimió la Disposición final quinta del Anteproyecto de LFEEE (LA LEY 26453/2022), que obligaba al Gobierno a remitir a las Cortes Generales un proyecto de reforma de la legislación notarial y registral, así como de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010) para la incorporación de procesos digitales en la constitución de sociedades mercantiles (27) .

1. Reducción de plazos para la inscripción registral (art. 11.1 LFEEE)

A) Sin estatutos tipo

Por regla general, el plazo para la inscripción en el Registro Mercantil de las empresas emergentes y de sus actos societarios será de cinco días hábiles a contar, bien desde la fecha del asiento de presentación del correspondiente documento, bien desde la fecha de devolución del documento retirado. El Senado rechazó la enmienda n.º 11, propuesta por GPN, que reducía el plazo de cinco días a un día hábil.

La novedad es que el plazo de cinco días se aplica también a los actos societarios (y no únicamente a la constitución) pues, tras la reforma operada por la Ley Crea y Crece (LA LEY 20692/2022), el plazo general para la inscripción de sociedades limitadas sin estatutos tipo ya es de cinco días a contar desde el siguiente al de la fecha del asiento de presentación o, en su caso, al de la fecha en que se devuelva el documento retirado e, incluso, los datos relativos a denominación, domicilio, objeto social, capital social y el órgano de administración de la sociedad deben ser objeto de una inscripción inicial a practicar en las 6 horas hábiles siguientes al recibo de la copia electrónica de la escritura de constitución.

B) Con estatutos tipo

El empleo de estatutos tipo en la constitución reduce el plazo para la calificación e inscripción a seis horas hábiles, entendiéndose por tales las que están dentro del horario de apertura de los registros, a contar desde la recepción de la escritura. El Anteproyecto de LFEEE (LA LEY 26453/2022) fijaba este plazo en un día hábil. En realidad, no existe especialidad o ventaja alguna, toda vez que la Ley Crea y Crece (LA LEY 20692/2022) fija idéntico plazo para las sociedades limitadas que se constituyen con sujeción a estatutos tipo. A tal efecto, la Disposición final duodécima de la LFEEE (LA LEY 26453/2022) concede al Gobierno tres meses desde la entrada en vigor de la Ley para aprobar mediante real decreto diferentes modelos de estatutos tipo adaptados a las necesidades de las empresas emergentes.

Para facilitar los trámites informáticos, la Disposición adicional primera, apartado 2, LFEEE (LA LEY 26453/2022) ordena al Consejo General del Notariado y al Colegio de Registradores de España adaptar las aplicaciones informáticas que los ciudadanos precisen para relacionarse electrónicamente con notarios y registradores para que sean compatibles con cualquier navegador, admitan las firmas y sellos electrónicos incluidos en la lista de confianza de prestadores de servicios de certificación y se pueda interactuar con ellas desde dispositivos móviles, así como a velar por la permanente actualización de las interfaces de usuario. A tal efecto, el apartado 3 de la referida Disposición les obliga a fijar un calendario de cumplimiento de tales objetivos, que no podrá exceder de 4 años desde la entrada en vigor de la LFEEE (LA LEY 26453/2022) y que habrán de publicar en su página web.

2. Posibilidad de empleo del Documento Único Electrónico

La LFEEE prefiere el sistema de constitución de sociedades a través del Documento Único Electrónico (DUE)

La LFEEE (LA LEY 26453/2022) prefiere el sistema de constitución de sociedades a través del Documento Único Electrónico (DUE) que, para el ecosistema emprendedor, cabe realizar partiendo del nuevo marco que introduce la *Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (LA LEY 11891/2019)*, por la que se modifica al *Directiva (UE) 2017/1132 (LA LEY 10613/2017) en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de Sociedades*, y sobre el que entiende que «existe margen de mejora»

(apartado V del Preámbulo).

Por este motivo, el art. 11.1 LFEEE (LA LEY 26453/2022) autoriza la realización de todos los trámites necesarios para lograr la inscripción de la empresa emergente en el Registro Mercantil, así como los de carácter fiscal y de Seguridad social, a través del DUE.

La enmienda número 11, propuesta por GPN, rechazada por el Senado, sugería introducir en el precepto un nuevo

párrafo para proponer la modificación del Reglamento del Registro Mercantil (LA LEY 2747/1996) a fin de introducir una modalidad de inscripción de empresas emergentes que, entre otras novedades, permitiese la posibilidad de establecer un domicilio virtual en territorio español. También sugería la sustitución de los permisos para el inicio y desarrollo de su actividad, si los hubiere, por una declaración responsable.

3. La supuesta posibilidad anunciada en el Preámbulo de crear la empresa emergente en un solo paso mediante otorgamiento del número de identificación fiscal

El apartado V del Preámbulo afirma que la LFEEE (LA LEY 26453/2022) introduce la posibilidad de crear la empresa emergente en un solo paso, mediante el otorgamiento de un número de identificación fiscal, concediendo la posibilidad de completar posteriormente el resto de trámites para su constitución. Destaca el Preámbulo que «se elimina el doble trámite registral y notarial y se prevé un procedimiento íntegramente electrónico». Se trataría, más bien, de una constitución societaria en diferido, pues, sin perjuicio de poder actuar a raíz del otorgamiento del NIF, el resto de trámites constitutivos no se eliminarían, sino que habrían de realizarse con posterioridad.

El problema es que esa novedosa medida no se ha recogido en el articulado de la LFEEE (LA LEY 26453/2022) ni lo estaba tampoco en el Anteproyecto y en el Proyecto de LFEEE (LA LEY 26453/2022). Es de suponer que se trata de una medida a desarrollar en la futura orden interministerial conjunta y/o en el Real Decreto que, en virtud de la Disposición final duodécima de la LFEEE (LA LEY 26453/2022), deberá aprobar el Gobierno con diferentes modelos de estatutos tipo adaptados a las necesidades de las empresas emergentes, pero la ausencia de regulación actual plantea determinados interrogantes.

Así, puesto que la LFEEE (LA LEY 26453/2022) no ha fijado un plazo máximo para completar el proceso de constitución, se plantea un problema en el caso en que la empresa emergente no llegue a completar los trámites posteriores. En tal caso, habría que considerar aplicables los arts. 36 a (LA LEY 14030/2010)40 de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010), relativos a las sociedades en formación e irregulares.

De este modo, verificada la voluntad de no inscribir la empresa emergente en el Registro Mercantil y, en todo caso, transcurrido un año desde el otorgamiento del número de identificación fiscal (28) sin haber solicitado la inscripción, se entenderá que la empresa emergente ha devenido en sociedad irregular, por lo que, si ha iniciado sus operaciones, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, de la sociedad civil y, al mismo tiempo, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del lugar del domicilio social y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones.

Mientras no transcurra dicho período será considerada sociedad en formación y, por tanto (i) si se celebran actos y contratos en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad; (ii) la sociedad en formación responderá (29) con su patrimonio por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad y, en su caso, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios. De quedar finalmente inscrita, la sociedad quedará obligada por tales actos y contratos, así como por los que expresamente acepte en el plazo de tres meses desde su inscripción, cesando la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes. En el caso de que el valor del patrimonio social, sumado al importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia.

Por otro lado, como el Preámbulo limita esta posibilidad a las empresas emergentes, al tratarse de una medida aplicable a la propia constitución de la sociedad y, por tanto, antes de que haya obtenido la correspondiente acreditación como empresa emergente, ¿qué pasaría si finalmente no obtiene la acreditación? ¿La denegación de la acreditación podría afectar a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, o a la de los contraídos por estos frente a la sociedad si la empresa emergente no se hubiera inscrito en el Registro Mercantil? De estar inscrita, los terceros de buena fe quedarían amparados por los principios registrales y, en especial, por los de legitimación y fe pública (arts. 7 y 8 RRM). De no estarlo, estarían desprovistos de tal protección.

4. Aranceles y tasas

La constitución de empresas emergentes con capital inferior a 3 100 euros mediante el sistema CIRCE y empleando estatutos tipo goza de una reducción de los aranceles notariales a 60 euros y de los registrales a 40 euros, así como de la exención en el pago de tasas por la publicación de su inscripción en el BORME (art. 12 LFEEE (LA LEY 26453/2022)). El Anteproyecto de LFEEE fijaba estos aranceles en 40 y 24 euros, respectivamente.

Ahora bien, ¿qué sucede si la empresa se acoge a estos beneficios y no obtiene finalmente (o no llega siquiera a solicitar) la acreditación como empresa emergente? Debería establecerse un mecanismo de control para evitar fraudes de esta naturaleza. Por ejemplo, pago de los aranceles y tasas sin bonificación con derecho a reembolso una vez inscrita la condición de empresa emergente en el Registro Mercantil.

5. Pactos de socios

A) Publicidad registral de los pactos de socio

Los pactos de socios de las sociedades limitadas emergentes podrán inscribirse y gozar de publicidad registral mientras no contengan cláusulas contrarias a Ley. Aunque no se exige que el clausulado no contravenga los estatutos sociales, hay que entender implícito dicho requisito.

En el caso de los protocolos familiares, la posibilidad de darles publicidad registral ya se encontraba prevista en el art. 5 del *Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero (LA LEY 2203/2007)*, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

B) Prestación accesoria de suscribir pactos de socio

Por otro lado, se considera lícita la prestación accesoria consistente en obligar a suscribir las disposiciones de los pactos de socios en empresa emergentes siempre que su contenido se identifique y pueda ser conocido también por los socios futuros, por lo que las disposiciones estatutarias que la recojan se consideran lícitas (art. 11.2 LFEEE (LA LEY 26453/2022)).

En realidad, esta previsión legal no supone el reconocimiento de especialidad alguna, toda vez que la licitud de la misma había sido admitida por la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en Resolución de 26 de mayo de 2018 (BOE 10 de julio de 2018).

6. Inaplicabilidad temporal de la causa de disolución por pérdidas

Las startups no incurrir en la causa obligatoria de disolución por pérdidas (30) del art. 363.1.e) LSC durante los tres primeros años desde su constitución a fin de permitir la consolidación de su modelo de negocio durante dicho período (art. 13 LFEEE (LA LEY 26453/2022)).

La medida se justifica, según el apartado V del Preámbulo, en que «de esta manera, se refleja la especificidad de estas empresas emergentes en términos de activo y pasivo durante la fase inicial de la empresa, hasta la consolidación de su modelo de negocio».

No obstante, quizá hubiera sido preferible hacer coincidir la no aplicación de la tal causa de disolución con el período durante el que disfruta de las ventajas de ser empresa emergente (5/7 años). En esa línea se encontraba la enmienda número 55, propuesta por GPMX, que no prosperó. Teniendo en cuenta los criterios exigidos para entender cumplido el requisito del carácter innovador de la empresa, es poco probable que una sociedad recién constituida logre obtener la acreditación de empresa emergente, por lo que, de obtenerla a los dos o tres años desde su constitución, esta ventaja resultará de escasa utilidad.

Se plantea la duda sobre el *dies a quo* del plazo de tres años en el caso de las empresas emergentes de constitución «en diferido», de implementarse esta posibilidad anunciada en el Preámbulo en las futuras normas que desarrollen la LFEEE (LA LEY 26453/2022). Si la empresa se constituye mediante la solicitud de número de identificación fiscal, dejando el resto de trámites para un momento posterior, ¿cuándo empezaría a contar el plazo de tres años? ¿Desde la solicitud a la Agencia Estatal de Administración Tributaria del número de identificación fiscal? ¿Desde su concesión o la notificación de la misma? ¿Desde la inscripción de la empresa emergente en el Registro Mercantil o, en su caso, en el Registro de Cooperativas?

En mi opinión, habría que entender que el cómputo se iniciaría con el del otorgamiento del número de identificación fiscal. Para llegar a esa conclusión cabe partir del propio Preámbulo de la LFEEE (LA LEY 26453/2022), que afirma que «la presente ley prevé la creación de empresas emergentes en un solo paso, mediante el otorgamiento de un número

de identificación fiscal», de lo que parece desprenderse que el acto constitutivo de la empresa emergente sería en tal caso el otorgamiento de un número de identificación fiscal, por lo que su concesión por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, es decir, la fecha de la resolución de asignación de tal número, daría lugar al inicio del cómputo del plazo legal de inaplicabilidad de la causa de disolución. No obstante, habrá que esperar al futuro desarrollo normativo para responder a tal interrogante.

Resulta razonable que no se aplique esta causa legal de disolución obligatoria a las empresas emergentes durante la fase inicial, pero quizá habría que extender la misma medida a cualquier sociedad de capital de reciente creación. En este sentido, se ha desaprovechado la ocasión para que la *Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de Creación y Crecimiento de Empresas (LA LEY 20692/2022)* hubiera incluido tal dispensa general para las nuevas empresas. Si la finalidad de estas dos normas (LFEEE (LA LEY 26453/2022) y Ley Crea y Crece (LA LEY 20692/2022)) es fomentar, no solo la creación de empresas, sino también su desarrollo posterior, eliminándoles determinadas trabas legales, la suspensión temporal de la aplicabilidad de la causa legal de disolución obligatoria debería extenderse a todas las sociedades durante sus primeros años de vida.

Por otro lado, la suspensión temporal alcanza únicamente a la obligatoriedad de disolver la sociedad, no así al deber legal de instar la declaración de concurso o, en su caso, el procedimiento especial para microempresas de existir insolvencia, por lo que, si además de desequilibrio patrimonial, existe insolvencia, la supervivencia de la empresa se verá seriamente comprometida, dado que la posibilidad de continuar tras un procedimiento concursal es, por desgracia, muy escasa y la gran mayoría de tales procedimientos acaban con la liquidación del activo y la extinción empresarial.

Ante esa situación cabría plantearse si el legislador podría haber ido más allá incluyendo alguna previsión relativa a los procedimientos concursales, como, por ejemplo, suspender el deber legal del deudor de instar el procedimiento durante los primeros tres años de existencia de la sociedad, así como la imposibilidad de declarar el concurso necesario o la apertura del procedimiento especial de microempresas a instancia de cualquier legitimado distinto del deudor durante idéntico período.

7. Autocartera con la finalidad de ejecutar un plan de retribuciones

Destaca el Preámbulo que las empresas emergentes se encuentran con dificultades para atraer y retener a colaboradores con perfiles especializados y escasos, al no disponer de liquidez para abonar altos salarios y dadas las limitaciones del derecho mercantil y tributario anterior a la LFEEE (LA LEY 26453/2022) a la política de retribución mediante entrega de acciones o participaciones sociales. En esta línea, se ha destacado por algún autor que los sueldos medios de las startups no se acercan, ni de lejos, a los de las pymes ni a los de las grandes empresas, buscando perfiles de trabajadores con «talento joven, que trabaje mucho y proteste poco y que no tenga una familia con hijos que atender tras su jornada laboral», de modo que para compensar los bajos salarios se recurre a otras fórmulas como entrega de participaciones sociales a los trabajadores para vincularlos más a la empresa (31) .

Para solventar esta dificultad, el art. 10 LFEEE (LA LEY 26453/2022) añade un nuevo supuesto de adquisición derivativa de participaciones sociales en autocartera (32) para las empresas emergentes, que se añade a los cuatro ya previstos en el art. 140.1 de la *Ley de Sociedades de Capital* (33) y, en el caso de sociedad limitada laboral, en el art. 12 de la *Ley 44/2015, de 14 de octubre (LA LEY 15605/2015), de Sociedades Laborales y Participadas*. Esta reforma de naturaleza mercantil va acompañada de la modificación de la legislación tributaria a fin de dar un tratamiento fiscal favorable a la retribución mediante participaciones sociales de las empresas emergentes.

A nivel mercantil se permite a la junta general (34) de la sociedad autorizar la adquisición de participaciones propias hasta el límite del 20% (35) del capital social siempre que su finalidad sea su posterior entrega a administradores, empleados u otros colaboradores de la empresa con la exclusiva finalidad de ejecutar un plan de retribución. Se añade, por tanto, un nuevo supuesto en el que está permitida la adquisición derivativa de participaciones sociales. Dicho plan de retribución, además, deberá estar previsto en estatutos sociales y ser aprobado por la junta general, concretando en dicho acuerdo el número máximo de participaciones que se podrá asignar por ejercicio, el valor que se tome como referencia para tales participaciones sociales y el plazo de duración del plan retributivo.

La exigencia de autorización de la junta general unida a la referencia al art. 140 LSC sugiere que el art. 10 LFEEE (LA LEY 26453/2022) se limita únicamente a la adquisición derivativa de participaciones sociales, no a la adquisición originaria que, para las sociedades limitadas, continúa siendo nula de pleno derecho (art. 135 LSC).

Tampoco parece que estén incluidas en el régimen del art. 10 LFEEE (LA LEY 26453/2022) las participaciones de la sociedad dominante, ante la falta de referencia expresa.

Por otro lado, la modalidad de adquisición derivativa que contempla la LFEEE (LA LEY 26453/2022) está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que las participaciones a adquirir «estén íntegramente desembolsadas». Este presupuesto, que pretende evitar que la adquisición conlleve la extinción por confusión de la obligación de desembolso (36) , resulta en este caso innecesario, toda vez que el valor nominal de las participaciones sociales de la sociedad de responsabilidad limitada ha de estar íntegramente desembolsado en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento del capital social (art. 78 LSC) y, de entenderse constituida con el otorgamiento del número de identificación fiscal, también deberían estar desembolsadas al tiempo de solicitarlo. El nuevo supuesto de autocartera que añade el art. 10 LFEEE (LA LEY 26453/2022) se refiere a «empresas emergentes que sean sociedades limitadas», no a la sociedad anónima, para la que sí tendría sentido exigir ese requisito.
- b) Que el patrimonio neto, una vez realizada la adquisición, no resulte inferior al importe del capital social más las reservas indisponibles, legales o estatutarias. De tratarse de una sociedad limitada laboral, no se computa a estos efectos la reserva especial del art. 14 de la LSLP (37) .
- c) La adquisición debe realizarse dentro de los 5 años siguientes al acuerdo de autorización. La finalidad de dicho plazo es evitar que el control de la junta se desnaturalice con una eventual autorización indefinida o a muy largo plazo, debiéndose pronunciar periódicamente la junta sobre la conveniencia o no de mantener la autorización (38) .

La ausencia de tales requisitos no se sanciona con la nulidad de pleno derecho que el art. 140.2 LSC prevé para las adquisiciones derivativas que no se encuentren en ninguno de los supuestos autorizados (39) , sino que el art. 10.4 LFEEE (LA LEY 26453/2022) prevé que, en tal caso, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 139 LSC (40) , referido a las adquisiciones originarias de participaciones sociales, por lo que deberán ser enajenadas en el plazo máximo de un año o, en su defecto, amortizadas mediante reducción de capital. La enajenación se debería realizar por los administradores, sin necesidad de autorización de la junta general, por cualquier negocio jurídico válido (41) . En el caso de que la sociedad no hubiera reducido el capital social dentro de los dos meses siguientes a la fecha de finalización del plazo para la enajenación, cualquier interesado podrá solicitar la reducción de capital al Letrado de la Administración de Justicia (42) o Registrador mercantil del lugar del domicilio social (43) y los administradores están obligados a solicitar la reducción judicial o registral del capital social cuando el acuerdo de la junta hubiera sido contrario a esa reducción o no pudiera ser logrado.

IV. Otros beneficios, especialidades y medidas para empresas emergentes

Aunque el objeto del presente trabajo es analizar únicamente los beneficios y especialidades mercantiles, se deben mencionar otras medidas e incentivos fiscales y laborales para empresas emergentes y sus trabajadores e inversores que contempla la LFEEE (LA LEY 26453/2022), de entre los que destacan los siguientes:

- Incentivos fiscales en la tributación en el Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de no Residentes (arts. 7 (LA LEY 26453/2022) y 8 LFEEE (LA LEY 26453/2022)): (i) Tributación al tipo del 15% durante el primer período impositivo con base imponible positiva y los tres siguientes; (ii) posibilidad de esos mismos contribuyentes de solicitar el aplazamiento de la deuda tributaria durante los dos primeros períodos impositivos con base positiva por un plazo de dos y seis meses, respectivamente, y sin necesidad de prestar garantías y sin devengo de intereses de demora; (iii) así como ausencia de obligación de realizar pagos fraccionados. Por su parte, las Disposiciones finales segunda (LA LEY 26453/2022) y tercera LFEEE (LA LEY 26453/2022) modifican la legislación tributaria para introducir las modificaciones creadas por la nueva norma, que afectan, entre otras, a la deducción por inversión en empresas de nueva o reciente creación, al régimen fiscal especial para trabajadores, profesionales, emprendedores e inversores desplazados a territorio español o al tratamiento fiscal de los rendimientos del trabajo obtenidos por la gestión de fondos vinculados al emprendimiento y de la retribución mediante participaciones sociales que la empresa emergente tuviera en autocartera.

- Bonificación de cuotas a trabajadores autónomos de empresas emergentes en situación de pluriactividad: La Disposición Final Cuarta LFEEE (LA LEY 26453/2022) modifica la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo (LA LEY 7567/2007) para contemplar una bonificación del cien por cien de la cuota correspondiente a la base mínima general durante los tres primeros años para aquellos trabajadores que estén dados de alta como autónomos por poseer el control efectivo de la empresa emergente y que, además, trabajen por cuenta ajena para otro empleador (p.ej. autónomo emprendedor dueño de empresa emergente y profesor).
- Incentivos para la atracción de inversión extranjera y fidelización del talento: (i) Los inversores en empresas emergentes persona física extranjeros no residentes no necesitan obtener un número de identidad extranjero, bastando a estos efectos un número de identificación fiscal (art. 9 LFEEE (LA LEY 26453/2022)); (ii) o la adquisición de participaciones en autocartera para ejecutar un plan de retribución (art. 10 LFEEE (LA LEY 26453/2022)) a la que nos hemos referido en otro apartado. Con el mismo objetivo se introducen medidas migratorias que facilitan la entrada y residencia de tales trabajadores y se fomenta el teletrabajo de carácter internacional, modificando a tal efecto la Disposición final quinta de la LFEEE (LA LEY 26453/2022) la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización (LA LEY 15490/2013).
- Entornos regulados de prueba (arts. 15 (LA LEY 26453/2022) y 16 LFEEE (LA LEY 26453/2022)): Las empresas calificadas como emergentes que operen en sectores regulados pueden solicitar a la correspondiente autoridad reguladora una licencia de prueba temporal de hasta un año de duración para el desarrollo de sus actividades. De concederse, los consumidores o usuarios deberán ser informados por escrito de la situación de prueba temporal y habrán de consentir expresamente el ejercicio de la prueba. Además, la administración podrá autorizar entornos controlados de pruebas para evaluar las innovaciones (en especial, en zonas rurales), cuyos resultados se tendrán en cuenta para conceder o ampliar las autorizaciones a la empresa y serán comunicados al Foro Nacional de Empresa Emergentes.
- Posibilidad de beneficiarse de subvenciones (arts. 19 a (LA LEY 26453/2022) y 24 LFEEE (LA LEY 26453/2022)): Se convocarán subvenciones públicas dirigidas a empresas emergentes, de las que se informará mediante relación actualizada en los Puntos de Atención al Emprendedor y en la Oficina Nacional de Emprendimiento. Si la subvención se condiciona a la prestación de garantías, la empresa podrá solicitar que se reduzca la garantía si disminuye en la misma proporción el importe de la ayuda, se encuentra al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social durante los últimos cinco ejercicios y no se le ha ordenado el reintegro de subvenciones anteriores. Tales subvenciones serán objeto de inclusión en un programa específico plurianual dentro del plan estratégico de subvenciones que, a su vez, se integra en el Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación. La finalidad de dicho programa de subvenciones será promover ayudas al emprendimiento, fondos de co-inversión para atraer capital privado para financiar empresas emergentes, cooperar con administraciones autonómicas y locales para crear redes de contacto, plataformas y puntos de encuentro entre empresas emergentes y otros agentes del ecosistema empresarial español y velar por reducir la brecha de género.
- El Gobierno deberá encargar a la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal que realice un inventario de las ayudas públicas a empresas emergentes, con posibilidad de formular recomendaciones (Disposición Adicional segunda).

V. Conclusiones

La Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (LA LEY 26453/2022), o Ley de Startups (LA LEY 26453/2022), ha implementado un conjunto de medidas específicas en el ámbito fiscal, mercantil, civil y laboral tendentes al impulso de la creación y el crecimiento de las denominadas empresas emergentes, que habrán de ser personas jurídicas.

El acceso a tales beneficios e incentivos precisa la obtención de la acreditación de la condición de empresa emergente, que concede la ENISA, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, y que habrá de inscribirse en el Registro Mercantil (o, en su caso, en el Registro de Cooperativas).

Tales beneficios poseen naturaleza temporal, pues se extinguen, entre otras causas, por el transcurso del plazo de 5 años desde su constitución (7 años, en caso de pertenecer a alguno de los sectores estratégicos que recoja la futura orden ministerial que desarrolle la LFEEE (LA LEY 26453/2022)).

Si bien puede solicitar la acreditación tanto la empresa de nueva creación como la de reciente constitución

(entendiendo por tal la de antigüedad no superior a 5 años, o 7 años si pertenece a sectores estratégicos), las condiciones exigidas para valorar que se dispone de un proyecto de emprendimiento innovador con modelo de negocio escalable determinan la dificultad de obtenerla al tiempo de su creación. Tardar varios años en obtener la acreditación como empresa emergente para lograr la aplicación de unos beneficios e incentivos que, por regla general, se extinguen a los 5 años de vida de la empresa (alguno, incluso, a los 3 años, como la inaplicabilidad temporal de la causa de disolución por pérdidas) puede desincentivar la puesta en marcha del procedimiento de acreditación.

A ello hay que añadir, además, que muchos de los beneficios y especialidades mercantiles no resultan significativos, como la reducción de los plazos de inscripción registral, que prácticamente coinciden con los generales que para toda sociedad de responsabilidad limitada ya ha establecido la Ley Crea y Crece (LA LEY 20692/2022) o la disminución arancelaria de notarios y registradores. En definitiva, al menos desde el punto de vista mercantil, la Ley de Startups (LA LEY 26453/2022) puede resumirse mediante la expresión *mucho ruido y pocas nueces*.

Finalmente, resulta sorprendente la mención que realiza el apartado V del Preámbulo de la LFEEE (LA LEY 26453/2022) sobre la posibilidad de crear la empresa emergente en un solo paso, mediante el otorgamiento de un número de identificación fiscal, concediendo la posibilidad de completar posteriormente el resto de trámites para su constitución, con lo que «se elimina el doble trámite registral y notarial y se prevé un procedimiento íntegramente electrónico». Se trataría, más bien, de una constitución societaria en diferido, pues, sin perjuicio de poder actuar a raíz del otorgamiento del NIF, el resto de trámites constitutivos no se eliminarían, sino que habrían de completarse con posterioridad. El problema es que esa novedosa medida no se ha recogido en el articulado de la LFEEE (LA LEY 26453/2022) ni lo estaba tampoco en el Anteproyecto y en el Proyecto de LFEEE (LA LEY 26453/2022). Es de suponer que se trata de una medida a desarrollar en la futura orden interministerial conjunta y/o en el Real Decreto que, en virtud de la Disposición final duodécima de la LFEEE (LA LEY 26453/2022), deberá aprobar el Gobierno con diferentes modelos de estatutos tipo adaptados a las necesidades de las empresas emergentes, pero la ausencia de regulación actual plantea no pocos interrogantes.

-
- (1) <https://startupnationsstandard.eu/> (fecha última visita 20 de febrero de 2023) define el startup nation standard como un conjunto de prácticas diseñadas para fomentar el espíritu empresarial en la Unión Europea y acelerar el crecimiento de las nuevas empresas en pequeñas y medianas empresas innovadoras con todas las condiciones para escalar aún más. Tales prácticas son: (1) La rápida creación de startup y su entrada en el mercado sin problemas, deseando que su proceso de creación no se prolongue durante más de un día ni su coste supere los 100 euros. (2) La atracción y la retención del talento. (3) Permitir a las empresas emergentes la emisión de *stock options*. (4) La regulación innovadora y específica sobre startups. (5) Implementar modalidades de contratación innovadora para startups, incluyendo políticas de transferencia de tecnología. (6) Facilitar a las startups el acceso directo (empleando los Estados miembros parte del Fondo de Resiliencia) e indirecto a la financiación. (7) La inclusión social, la diversidad y la protección de los valores democráticos. (8) Promover la digitalización.
-
- (2) LÓPEZ MENACHO, J., *La farsa de las startups. La cara oculta del emprendedor*, Ed. Catarata, Madrid, 2019, págs. 19 y ss y págs. 37 a 39.
-
- (3) LÓPEZ MENACHO, J., *est. cit.*, pág. 27, define al *business angel* como aquel particular, sea persona física o jurídica, que aporta financiación, experiencia, contactos o una mezcla de todo ello, con la intención de obtener futuras ganancias. Aportan valor añadido, pues suelen ser profesionales de prestigio, líderes en diferentes sectores y aportan sus propios fondos participando en el capital de la empresa.
-
- (4) En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución (art. 129.2 Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015)).
-
- (5) En base al principio de proporcionalidad, se exige que la norma contenga la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios (art. 129.3 Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015)).
-
- (6) El principio de seguridad jurídica requiere que la coherencia de la normativa con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas. De contemplar trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley, habrán de ser justificados atendiendo a la singularidad de la materia o a los fines perseguidos por la propuesta (art. 129.4 Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015)).
-
- (7) Sorprende que se justifique la transparencia alegando la publicación en el BOE, al tratarse de un requisito necesario para la entrada en vigor de la Ley (art. 2.1 del Código Civil (LA LEY 1/1889)).
-
- (8) En aplicación del principio de transparencia, las Administraciones Públicas han de posibilitar el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, definiendo claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitando a los potenciales destinatarios una participación activa en la elaboración de las normas (art. 129.5

- (9) En aplicación del principio de eficiencia, la iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos (art. 129.6 Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015)).
- (10) LÓPEZ MENACHO, J., *est. cit.*, pág. 53.
- (11) LÓPEZ MENACHO, J., *est. cit.*, pág. 29, apunta que aún queda mucho por avanzar en este campo, pues las universidades públicas necesitan disponer de una formación de calidad específica en esta materia y las privadas destacan por vender más la marca y el título que por la utilidad de la formación que ofrecen.
- (12) Su elaboración se contempla en la Reforma 2 del Componente 13, de impulso a la PYME para proporcionar un marco favorable a la creación y crecimiento de empresas emergentes de base tecnológica, incorporando de forma transversal la igualdad de género (apartado VIII del Preámbulo).
- (13) <https://www.enisa.es/es/cultura-de-emprendimiento/info/nuestra-organizacion> (fecha última visita 24 de febrero de 2023) define la ENISA como una empresa pública dedicada a la financiación de proyectos empresariales viables e innovadores de pymes españolas.
- (14) Se considera como tales a aquellas empresas que hayan empleado durante el año anterior a la solicitud de inicio del procedimiento especial una media de menos diez trabajadores y tengan un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud.
- (15) Sorprende la referencia a principios concursales, pues no se contempla especialidad alguna a estos efectos para las empresas emergentes.
- (16) El empresario persona física puede, no obstante, acogerse a las ventajas previstas en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LA LEY 15490/2013), si bien dicha norma también es aplicable a los emprendedores persona jurídica, salvo lo relativo al emprendedor de responsabilidad limitada, que ha de ser necesariamente empresario persona natural, sin que pueden serlo los que ejerzan su actividad a través de sociedades por ellos administradas (autónomos societarios), según RDGSJFP de 26 de septiembre de 2022 (BOE 27 octubre 2022).
- (17) El Proyecto de LFEEE (LA LEY 26453/2022) publicado en el BOCG el 14 de octubre de 2022 aclaraba que se consideraba empresa de nueva creación aun cuando alguno de sus socios lo hubiera sido de una primera o segunda empresa emergente beneficiaria de la LFEEE (LA LEY 26453/2022) y hubiera perdido tal condición por la extinción prematura de la sociedad.
- (18) Han de inscribirse obligatoriamente en el Registro Mercantil las siguientes personas jurídicas: sociedades mercantiles, sociedades de garantía recíproca, cooperativas de crédito, las mutuas y cooperativas de seguros y las mutualidades de previsión social, sociedades de inversión colectiva, agrupaciones de interés económico, las casi extintas cajas de ahorro, los fondos de inversión., los fondos de pensiones, las sucursales de cualquiera de los sujetos anteriormente indicados, las sucursales de sociedades extranjeras y de otras entidades extranjeras con personalidad jurídica y fin lucrativo, las sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a territorio español y las demás personas o entidades que establezcan las Leyes (art. 81.1 del Reglamento del Registro Mercantil (LA LEY 2747/1996)).
- (19) En este caso, la absorbente adquiere por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda (art. 23.2 LME).
- (20) La sociedad cedente queda extinguida si la contraprestación es recibida total y directamente por los socios (art. 81.2 LME).
- (21) El Senado rechazó la enmienda n.º 2, propuesta por GPN, que solicitaba incluir en dicho cómputo, no solo los contratos de naturaleza laboral, sino también los mercantiles, civiles o de naturaleza análoga, así como la número 21, propuesta por GPD, que rebajaba el porcentaje del 60% al 40%.
- (22) El art. 455.2.1º del Texto Refundido de la Ley Concursal (LA LEY 6274/2020) incluye expresamente a los directores generales entre las posibles personas afectadas por la calificación culpable del concurso, a diferencia de versiones anteriores de la norma, que se referían al apoderado general.
- (23) El Proyecto de LFEEE (LA LEY 26453/2022) publicado en BOCG el 14 de octubre de 2022 obligaba a tener en cuenta en la elaboración de la orden ministerial los criterios que emanasen de la propia industria a través de los foros de participación que se incluyen en la propia Ley (art. 4.2 *in fine* Proyecto LFEEE (LA LEY 26453/2022)).
- (24) Art. 5.4 del Proyecto.
- (25) La enmienda número 24, propuesta por GPD, que tampoco prosperó, sugería la pérdida de los beneficios cuando más de la mitad del capital de la empresa emergente fuese adquirido por otra que no ostentase tal condición.
- (26) La enmienda número 25, propuesta por GPD, contemplaba que, en el caso de condena sobrevinida sobre socios o administradores de una empresa emergente que ya estuviera acogida a los beneficios previstos en esta ley, la empresa tendría un mes de plazo desde que la sentencia adquiriera firmeza para la salida o sustitución de los socios o administradores condenados. Dicha enmienda no prosperó.
- (27) La Disposición adicional séptima del Proyecto de LFEEE (LA LEY 26453/2022), publicado en el BOCG el 14 de octubre de 2022, sometía la aplicabilidad de estas medidas (y otros preceptos legales) a la condición suspensiva de su autorización por la Comisión Europea, conforme a las competencias en materia de mercado único y en el de las ayudas al Estado.

(28) Si bien el art. 39 de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010) señala como hito inicial para el cómputo del plazo de un año el otorgamiento de la escritura de constitución, en el caso de la EE hay que entender que dicho acontecimiento ha de ser el otorgamiento del número de identificación fiscal, pues la escritura pública podría no otorgarse nunca.

(29) Y los socios personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar. De estar otorgada la escritura de constitución, si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con el otorgamiento de la escritura fundacional, se entenderá que los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos.

(30) Según la cual la sociedad se disolverá obligatoriamente por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

(31) LÓPEZ MENACHO, J., *op. cit.*, pág. 63.

(32) GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. *Regulación sobre la Adquisición de las Acciones Propias*, en A.A.V.V. (Dir. ROGRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L.A., ESTEBAN VELASCO, G. y Coord. RONCERO SÁNCHEZ, A.), Sociedades Cotizadas y Transparencia en los Mercados, Tomo I. Ed. Thomson Reuter Aranzadi, Navarra, 2019, págs. 425 y ss, señala que, al margen de objeciones puramente dogmáticas (imposibilidad lógica o conceptual de que una sociedad sea socia de sí misma o falta de capacidad por tratarse de actos *ultra vires*), la autocartera puede conllevar serios peligros para lo sociedad, socios y terceros, tanto patrimoniales (descapitalización, devolución encubierta de aportaciones a socios, discriminaciones a socios) como para el mercado (especialmente en el caso de cotizadas). El más evidente de todos es el riesgo que representa para la función garante que se atribuye al capital social pues, en una adquisición originaria, implica que nadie desembolsa las aportaciones y, en una derivativa, supondría una reducción de capital encubierta con restitución de aportaciones a los socios eludiendo las garantías a los acreedores.

En la misma línea, VÁZQUEZ CUETO, J.C., *Régimen Jurídico de la Autocartera*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 28 y ss.

La función garante de las expectativas de acreedores sociales y socios que desempeña el capital social ha sido destacada por la DGRN (hoy DGSJFP) en RR de 1 de marzo de 2007 (BOE de 28 de marzo de 2007), de 28 de febrero de 2007 (BOE de 22 de marzo de 2007), de 16 de marzo de 2011 (BOE de 13 de abril de 2011), 26 de abril de 2013 (BOE de 29 de marzo de 2013), de 10 de mayo de 2017 (BOE 29 de mayo de 2017) y de 22 de mayo de 2018 (BOE de 8 de junio de 2018).

BONARDELL LENZANO, R. y CABANAS TREJO, R., *La reducción del capital social en la sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 20, también ha resaltado como funciones del capital social, de un lado, la de garantía, sirviendo como cifra de garantía de los acreedores sociales y, de otro, la organizativa, proporcionando una base para determinar la intensidad de los derechos del socio.

No obstante, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., *op. cit.*, pág. 428, también apunta que en la actualidad se cuestiona el papel de garantía que representa el capital social.

(33) El art. 140.1 LSC permite tal adquisición en los siguientes supuestos: a) cuando formen parte de un patrimonio adquirido a título universal, o sean adquiridas a título gratuito, o como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad contra el titular de las mismas; b) cuando las participaciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general; c) cuando las participaciones propias se adquieran en virtud del régimen de transmisión forzosa de participaciones sociales; o d) cuando la adquisición haya sido autorizada por la junta general, se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad, participaciones que se adquieran como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de las mismas, o participaciones transmitidas *mortis causa*.

(34) GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., *op. cit.*, pág. 438, indica que la exigencia de autorización por la junta general permite garantizar la información de los socios, así como la posibilidad de controlar la justificación y establecer los límites, evitando posibles abusos de los administradores en interés propio o de determinados socios o terceros.

(35) GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., *est. cit.*, pág. 446, apunta que una adquisición por encima de esos límites no podría estar justificada ni responder al interés social o, al menos, los potenciales peligros superarían a las posibles ventajas.

(36) GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., *op. cit.*, pág. 443.

(37) Con arreglo a tal precepto, las sociedades laborales están obligadas a constituir una reserva especial a dotar con el diez por ciento del beneficio líquido de cada ejercicio, hasta que alcance al menos una cifra superior al doble del capital social y que únicamente podrá ser destinada a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin, y/o a la adquisición de sus propias participaciones sociales, que deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido.

(38) GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., *op. cit.*, pág. 440.

(39) La STS Sala 1ª núm. 79/2012, de 1 marzo (LA LEY 19361/2012) confirmó que las adquisiciones derivativas de participaciones sociales fuera de los casos legalmente previstos son nulas de pleno derecho, al no suponer el art. 140 LSC una excepción al art. 6.3 CC. (LA LEY 1/1889)

(40) O art. 14 LSLP si la empresa emergente es sociedad limitada laboral.

(41) GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., *op. cit.*, pág. 458.

(42) Que se tramitará conforma a lo establecido en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LA LEY 11105/2015).

(43) La decisión favorable o desfavorable será recurrible ante el Juez de lo Mercantil.