

Comentaris dels aspectes mercantils de la Llei de suport als emprenedors

Comunicació a la sessió de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
de 11 de febrer de 2014

per

FRANCESC TUSQUETS TRIAS DE BES

Advocat, professor titular de Dret Mercantil UB.
Membre de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

INTRODUCCIÓ

La greu crisi econòmic financera que venim patint des de fa ja uns anys ha posat de moda el terme “*emprenedor*”, que fins i tot ha accedit als plans d'estudi d'escoles i universitats.

És una paraula que apareix en el títol de nombrosos llibres i articles publicats en aquests temps, i els emprenedors són notícia freqüent en els mitjans de comunicació.

Doncs bé, el legislador espanyol, amb pocs mesos de diferència, ha dictat dues lleis sobre els emprenedors:

La Llei 11/2013, de 26 de juliol, de mesures de suport a l'emprenedor i d'estímul del creixement i de la creació d'ocupació, i

La Llei 14/2013, de 27 de setembre, de suport als emprenedors i la seva internacionalització.

Cap de les dues lleis es caracteritza precisament per la seva depurada tècnica legislativa. Al contrari.

Constitueixen ambdues una barreja de normes que tracten qüestions molt distintes, sense cap ordre aparent.

No és tampoc clara la raó de que hi hagi dues normes, dictades la primera a l'estiu, de suport a l'emprenedor (en singular), i la segona ja a la tardor de suport als emprenedors (en plural).

La segona, la que avui ens ocupa, és una llei que alguns autors denominen “*òmnibus*”, en el sentit que recorre tots els àmbits del dret, amb excepció, i no estic gaire segur, del *penal*.

Es tracta d'una norma molt extensa, que consta de 76 articles, 16 disposicions addicionals, 1 transitòria, 1 derogatòria i 13 disposicions finals.

Tenint això en compte, centraré la comunicació en els aspectes mercantils de la llei de suport als emprenedors, que són, al meu parer, tres:

- La noció d'emprenedor.
- La figura de l'emprenedor de responsabilitat limitada.
- La Societat Limitada de Formació Successiva.

La llei també regula l'acord extrajudicial de pagaments com a mesura preventiva del concurs, que potser podríem tractar un altre dia.

LA NOCIÓ D'EMPREDOR

En un recent article el Prof. RECALDE CASTELLS va escriure que en poc més de dos mesos s'han aprovat dues lleis de “*suport als emprenedors*”, sense que encara se sàpiga qui són aquests emprenedors.

En espanyol (i en català), emprenedor és un adjectiu i no un substantiu, i, a més a més, que s'aplica a qui té una iniciativa i comença, escomet quelcom

(emprèn), per exemple, un negoci o una empresa.

Això diferencia l'espanyol (i el català) d'altres idiomes propers, com ara el francès o l'italià.

En francès podem traduir empresa com *entreprise*, i el seu titular, l'empresari, és un *entrepreneur*.

I en italià *impresario* i *imprenditore* són sinònims.

Però en espanyol (i tampoc en català), com hem vist, no són sinònims. Emprenedor és el que té la iniciativa per escometre i emprendre un negoci o una empresa. I empresari és el titular d'aquesta, però no sols en la fase inicial, sinó també al llarg de tota la vida de l'empresa.

Doncs bé, la primera de les dues lleis de suport a l'emprenedor (la llei 11/2013) no conté (almenys jo no ho he trobat) el concepte legal d'emprenedor.

En canvi, la segona, la llei 14/2013, sí que conté la noció legal en l'article 3r, en el que sota la rúbrica d'Emprenedor es diu:

“Es consideren emprenedors aquelles persones, independentment de la seva condició de persona física o jurídica, que exerceixin una activitat econòmica empresarial o professional en els termes establerts en aquesta llei.”

Ja una primera contradicció podem trobar-la en l'article 7 sobre la limitació de responsabilitat de l'emprenedor de responsabilitat limitada (a què més tard em referiré), quan en referir-se a l'emprenedor persona física, diu: *“sigui quina sigui la seva activitat”*; per tant sense cap limitació d'activitat.

Sembla doncs que a l'article 7 ja no hi és la limitació de l'art. 3er., de que es tracti d'una activitat econòmica, empresarial o professional i per tant podria ser, per exemple, una activitat cultural o artística.

El preàmbul de la Llei no aclareix el dubte, al contrari. En el seu apartat II es diu: *“El concepte d'emprenedor es defineix de forma àmplia, com aquelles persones, independentment de la seva condició de persona física o jurídica, que desenvolupen o estan exercint una activitat econòmica productiva.”*

Però aquesta era la definició del Projecte de Llei, no de la Llei, com hem vist.

És a dir, durant l'*iter* parlamentari es va modificar l'article 3, que conté la noció legal d'emprenedor, en els termes que hem vist, però s'ha mantingut per error la redacció primitiva en el Preàmbul.

No és el primer cop que una cosa així succeeix. El projecte de Text Refós de Llei de Societats de Capital establia la responsabilitat solidària de l'Administrador persona jurídica i la persona física representant. Durant la tramitació parlamentària es va suprimir la responsabilitat solidària, però va quedar en l'Exposició de Motius, que no es va corregir.

Però el preàmbul segueix i ens diu: *“Així, es pretén que les mesures de la Llei puguin beneficiar a totes les empreses, amb independència de la seva grandària, i de l'etapa del cicle empresarial en què es trobin.”*

Sembla, doncs, que en el Preàmbul de la Llei, el terme emprenedor és equiparable al d'empresari, incloent-hi tant la fase inicial, d'emprendre l'activitat, com el seu posterior desenvolupament.

Però el concepte legal, com hem vist, és, d'una banda, més ampli, perquè en l'article 3 es fa referència a activitats econòmiques, empresarials o professionals, però també més restrictiu, perquè es diu que són les persones, físiques o jurídiques, que desenvolupen tals activitats, sense cap referència, com sí es fa en el preàmbul, a les que es vagin a desenvolupar, que estiguin en definitiva en la fase d'iniciació que, és la pròpia del mot emprenedor en espanyol (i en català), com s'ha vist.

El legislador ha volgut seguir la moda i ha utilitzat el terme d'emprenedor, creant certament una gran confusió.

Avui, en la legislació mercantil espanyola, coexisteixen tres conceptes anàlegs:

El de comerciant, que apareix ni més ni menys que en article 1r del C. de C i en molts altres preceptes d'aquest Codi.

El d'empresari, en altres articles del C. de C., en el RRM i en moltes lleis mercantils especials.

El d'emprenedor, en la llei 11/2013 i en la 14/2013, per ara.

Sense tenir clara la noció d'emprenedor hem d'afrontar a continuació la nova figura de l'emprenedor de responsabilitat limitada.

L'EMPREDOR DE RESPONSABILITAT LIMITADA

Aquesta denominació podria dur-nos a la conclusió que, com s'ha fet en altres països del nostre entorn, la nova llei 14/2013 crea un estatut especial per què les persones físiques que desitgin dur a terme activitats empresarials o professionals, puguin afectar a tals activitats un patrimoni específic, distint i

separat del seu patrimoni civil i familiar, de manera que aquest quedi fora del risc propi de l'activitat (empresarial o professional). I això sense necessitat de constituir una societat mercantil.

Doncs bé, no és així. Els articles 7 a 11 de la llei no creen en realitat la figura de l'Emprenedor de Responsabilitat Limitada. Simplement es crea una categoria de béns inembargables constituïda per un únic bé: l'habitatge habitual de l'emprenedor, sempre que el seu valor no excedeixi de 300.000 euros, valorat conforme al que disposa la base imposable de l'ITP (i en les poblacions de més de 1.000.000 d'habitants amb l'aplicació d'un coeficient de l'1,5), i a més a més només enfront de creditors privats i pels deutes professionals o empresarials, ja que els crèdits públics, és a dir els tributaris i de la Seguretat Social, queden exclosos de la normativa, i, per tant, paradoxalment els creditors de dret públic sí que poden embargar l'habitatge habitual de l'emprenedor. I els deutes que no siguin propis de l'activitat empresarial o professional també queden exclosos de la norma.

Per tant, ni hi ha un patrimoni separat, com per exemple en el Dret francès (en el que segons sembla s'ha inspirat el legislador), ni limitació de responsabilitat, sinó únicament -com ja s'ha dit- la inembargabilitat de l'habitatge habitual, en determinats casos però no d'altres béns de l'emprenedor.

És evident que per a aquest viatge no calia crear aquesta nova -i enganyosa- figura.

En efecte, en el ordenament jurídic espanyol des de la llei 2/1995, de 23 de març, de Societats de Responsabilitat Limitada, ja pot una persona física que desitgi emprendre una activitat empresarial o professional, limitar la seva responsabilitat personal mitjançant acudir al mecanisme de constituir una societat unipersonal de responsabilitat limitada.

Ara bé, la constitució d'una societat d'aquest tipus comporta uns tràmits (escriptura pública i inscripció en el Registre Mercantil), i a més a més està sotmesa a unes obligacions formals, com per exemple la de dipositar els comptes anuals en el Registre Mercantil. Amb els costos que tot això suposa (que no tenen els empresaris individuals).

No podem oblidar que, segons sembla, si els petits empresaris no recorren a la forma societària (SLU), és precisament per evitar les despeses i costos que suposen les obligacions formals, que no estan adaptades al tràfic de les petites i microempreses.

Doncs bé, sorprenentment les obligacions que s'imposen en la nova llei a l'Emprenedor de Responsabilitat Limitada són pràcticament les mateixes, o fins i tot més que les pròpies de societats mercantils.

En efecte,

L'article 9 de la llei estableix que la condició d'emprenedor de responsabilitat limitada s'adquirirà mitjançant la seva constància en el full obert a aquest en el Registre Mercantil corresponent al seu domicili. I serà títol per a immatricular a l'emprenedor de responsabilitat limitada la corresponent acta notarial.

Per tant notari i Registre Mercantil.

I a més a més se li imposa l'obligació de fer constar en tota la seva documentació, amb expressió de les dades registrals, la seva condició de "Emprenedor de Responsabilitat Limitada", o les sigles "ERL".

D'altra banda, l'article 10 disposa que per a la seva oponibilitat a tercers, la no subjecció de l'habitatge habitual al risc propi del tràfic empresarial o professional, s'haurà d'inscriure en el Registre de la Propietat, en el full obert al bé.

Per tant, inscripció en el Registre de la Propietat, amb les despeses que això comporta.

I l'article 11.1 imposa a l'emprenedor de responsabilitat limitada l'obligació de formular, i si escau sotmetre a auditoria, els comptes anuals corresponents a la seva activitat empresarial o professional, i afegeix de conformitat amb allò que s'ha previst per a les societats unipersonals de responsabilitat limitada. Però aquesta remissió a les SLU no s'entén perquè la LSC no contempla cap especialitat respecte de la formulació o auditoria dels comptes anuals de les SLU

A més a més el núm. 2 del esmentat article 11 obliga a l'emprenedor de responsabilitat limitada, a dipositar els comptes anuals en el Registre Mercantil, tot imposant com a sanció per l'incompliment de tal obligació ni més ni menys que la pèrdua del benefici de la responsabilitat limitada. No es justifica de cap manera tan greu sanció sense parangó en les societats de capital, ni tan sols en les unipersonals de responsabilitat limitada.

Per tant, la figura de l'emprenedor de responsabilitat limitada té els mateixos costos i ha d'assumir les mateixes obligacions que una societat de responsabilitat limitada, però clarament amb menys beneficis que aquesta.

Vegem-ho.

El soci d'una SLU gaudirà del privilegi de la separació de patrimonis i per tant de la limitació de responsabilitat enfront de tots els deutes i respecte de la

totalitat del seu patrimoni civil, mentre que l'emprenedor de responsabilitat limitada només protegirà el seu habitatge habitual (sempre que el seu valor no excedeixi de 300.000 euros), enfront dels creditors privats i únicament respecte dels deutes derivats de la seva activitat empresarial o professional.

Per tot això, no resulta aventurat vaticinar el fracàs de la figura de l'emprenedor de responsabilitat limitada, com va ser també molt fàcil endevinar que també fracassaria el subtipus societari –ideat també als despatxos dels poders públics- de la SLNE.

Les estadístiques que publica el Registre Mercantil Central són en aquest punt claríssimes.

En tots els articles (entre els quals el de l'Acadèmic Enric Bracons) que he llegit publicats en aquestes últimes setmanes es critica la norma i en molts d'ells es preveu el fracàs de la nova figura.

Un altre problema és que el legislador no ha previst el concurs de l'emprenedor de responsabilitat limitada i això comportarà la ineficàcia de la tutela específica que la Llei 14/2013 atorga a l'habitatge habitual de l'emprenedor en els casos d'insolvència.

LA SOCIETAT LIMITADA DE FORMACIÓ SUCCESSIVA

Tampoc mereix, al meu parer, una crítica favorable la nova figura de la Societat Limitada de Formació Successiva.

Deixant de banda que la denominació no és segurament la més adient (la S.A. de Fundació Successiva, que per cert ha caigut totalment en desús, és una altra cosa), l'objectiu del legislador en regular la Societat Limitada de Formació

Successiva sembla clar: es tracta d'evitar que la necessitat d'aportar un capital mínim de 3.000 euros desincentivi la creació d'empreses o activitats professionals.

En aquest sentit el preàmbul de la llei és clar: *“el seu objectiu és abaratir el cost inicial de constituir una societat”*.

Al meu parer, la barrera de 3.000 euros no era tal en la pràctica. En efecte, en aquests últims anys s'han constituït centenars de societats de responsabilitat limitada amb un capital social de 3.000 euros, format per aportacions no dineràries de béns de distinta naturalesa, per exemple equips informàtics.

Però a més a més, per aconseguir l'objectiu de la norma d'abaratir el cost inicial de constitució d'una societat limitada, podria el legislador haver optat per fórmules millors i més senzilles que la de la Societat Limitada de Formació Successiva.

En primer lloc, per exemple, modificar l'article 4 de la LSC i reduir la xifra del capital social mínim a una quantitat inferior a 3.000 euros, per exemple 1.000, 100 o fins i tot 1 euro (com s'ha fet en altres països).

Certament el capital social va perdre la funció tradicional de garantia per tal de procurar una major flexibilitat i agilitat en la creació d'empreses.

Una altra solució hauria consistit en utilitzar la figura del desemborsament parcial del capital social, estenent el règim de les accions de les societats anònimes al de les participacions de les societats de responsabilitat limitada.

D'aquesta manera es podria haver constituït una societat limitada amb un capital inicial, parcialment desemborsat de 750 euros (25% de 3.000), xifra

sembla que raonable com a import mínim per iniciar o emprendre una activitat empresarial o professional. Però, a més a més, en el cas que el legislador considerés que tal xifra podria continuar sent una barrera per a la creació d'empreses, podria haver reduït el percentatge del capital inicial desemborsat del 25% al 10% o fins i tot a l'1%.

Però no és això el que estableix la nova norma, que algun autor ha qualificat de perversa.

La llei el que permet és que el desemborsament del capital social mínim de 3.000 euros es realitzi al llarg del temps, però en contrapartida, la societat, els seus socis i fins i tot, sorprenentment, els seus administradors, queden sotmesos a un règim especial (del que podem considerar subtipus de la Societat Limitada de Formació Successiva), fins que el capital social de la companyia arribi al mínim de 3.000 euros.

D'aquesta manera es modifica l'article 4, s'afegeix el 4 bis, i es modifiquen també l'article 5 i el 23 de la LSC.

El règim d'aquest nou subtipus societari, exposat molt sintèticament, és el següent:

- S'endureix el deure de la reserva legal, que passa a ser del 20% del benefici de l'exercici sense límit de quantia.
- Es prohibeix la distribució de dividends fins que el patrimoni net arribi al 60% del capital legal mínim.
- Es limita la retribució anual de socis i administradors per l'exercici dels càrrecs, tot disposant que no podrà excedir el 20% del patrimoni net del corresponent exercici, però s'afegeix: *“sense perjudici de la retribució que els hi pugui correspondre, com a treballador per compte d'altri de la societat*

o a través de la prestació de serveis professionals que la pròpia societat concerta amb els dits socis i administradors”.

En aquest punt crec que el legislador no ha tingut en compte l'espínós afer de la difícil acumulació en una mateixa persona de càrrecs de naturalesa societària (administradors) amb altres executius (laborals d'alta direcció), tenint en compte la famosa teoria de la naturalesa del vincle.

- S'estableix un règim especial de responsabilitat per al cas de liquidació de la societat, si el patrimoni és insuficient per atendre al pagament de les obligacions, disposant que en aquest cas els socis i també els administradors, respondran solidàriament del desemborsament de la xifra del capital social mínim.

Pot entendre's en aquests casos la responsabilitat civil solidària dels socis respecte de l'obligació de desemborsar el capital mínim, però de cap manera dels administradors. Per què han de respondre?. No se m'acut cap raó amb fonament jurídic per responsabilitzar als administradors per una obligació que no els hi pertoca.

Però deixant de banda aquesta qüestió, sembla clar que mitjançant l'artifici del nou subtipus de la Societat Limitada de Formació Successiva, no s'aconsegueix l'objectiu d'abaratir el cost inicial de constituir una societat (requereix per descomptat d'escriptura pública i inscripció en el Registre Mercantil), sinó que es crea un nou subtipus amb un règim molt complex i més costós (com a mínim amb més tràmits), que els que s'exigeixen en el règim previgent a les societats limitades. I, a més de no aconseguir l'objectiu desitjat, es subverteix el dret societari.

CONCLUSIÓ

Estem davant una llei concebuda als despatxos –han intervingut, segons s’ha publicat, fins a 9 ministeris-, però allunyada de la realitat.

És molt probable que ni l'Emprenedor de Responsabilitat Limitada, ni la Societat Limitada de Formació Successiva, s'utilitzin amb freqüència i no està ni de bon tros clar que es tracti de reformes favorables al creixement i a la reactivació econòmica.

Des de l'entrada en vigor de la Llei 14/2013 s'han constituït a Espanya més de 22.000 societats limitades ordinàries i només 9 societats limitades de formació successiva, i s'han inscrit tan sols 7 emprenedors de responsabilitat limitada.

Constitueixen, al meu parer, un exemple cada cop més clar de la profunda separació existent entre les necessitats dels ciutadans i moltes decisions dels representants dels poders públics.
