



Apuntes

# Comentario al proyecto de ley de creación y crecimiento de empresas

BENITO ARRUÑADA

Apuntes 2022/03

**Enero de 2022**

**fedea**

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

# Comentario al proyecto de ley de creación y crecimiento de empresas

Benito Arruñada\*

## 1. Resumen

Las empresas españolas sufren todo tipo de dificultades como consecuencia de un ordenamiento fiscal y regulatorio que numerosos informes internacionales consideran notoriamente mejorable. Por este motivo, son bienvenidos los esfuerzos para reformarlo y aliviar así las cargas y frenos a la creación y desarrollo de la empresa. En este sentido, es positivo que el Gobierno se haya comprometido con la Comisión Europea a efectuar una reforma estructural en esta materia, un compromiso al que intenta dar cumplimiento con el proyecto de ley de creación y crecimiento de empresas, la conocida como “Ley Crea y Crece”, la cual “tiene por objeto mejorar el clima de negocios, impulsar el emprendimiento y fomentar el aumento del tamaño empresarial, así como el despliegue de redes de colaboración e interacción”<sup>1</sup>.

Esta propuesta legislativa merece, sin embargo, un juicio poco favorable ya que la mayor parte del proyecto de ley atiende a cuestiones de menor importancia mientras que, por el contrario, olvida asuntos de gran trascendencia. La mayoría de sus medidas tienen así una efectividad dudosa y, además, algunas de ellas vendrían incluso a incrementar los costes empresariales o el gasto público.

## 2. La reforma otorga un peso desorbitado a trámites de escasa relevancia, como son los de constitución de sociedades mercantiles

El proyecto centra gran parte de su atención sobre la constitución telemática de las sociedades mercantiles, que es sólo uno de los trámites iniciales necesarios y sólo para aquellas empresas que adopten la forma societaria. Además, es relativamente poco costoso y, en casos de urgencia, siempre ha resultado fácil de superar sin más que adquirir una sociedad preconstituida<sup>2</sup>. Se sigue de nuevo, además, la doble estrategia, doblemente fallida<sup>3</sup>, de, por un lado, *comprimir* trámites en lugar de *suprimir* aquellos que la

---

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

<sup>1</sup> Proyecto de Ley de creación y crecimiento de empresas, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 17 de diciembre de 2021, Serie A, núm. 76-1.

<sup>2</sup> Véase Arruñada, Benito (2010), “Una reforma virtual del entorno de la empresa”, en M. Bagüés, J. Fernández-Villaverde y L. Garicano, eds., *La Ley de Economía Sostenible y las reformas estructurales: 25 propuestas*, FEDEA, Madrid, pp. 42-47.

<sup>3</sup> Véanse los cinco capítulos de la tercera parte, sobre “Posibilidades de reforma”, del libro Arruñada, Benito (2010), *Formalización de empresas: Costes frente a eficiencia institucional*, Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 175-320. El proyecto de ley intenta justificar esta orientación de la reforma con base en las recomendaciones de los malhadados indicadores del proyecto *Doing Business* del Banco Mundial, recientemente cancelado por el propio Banco tras descubrir que se habían manipulado algunas de sus cifras. Para una crítica de su metodología y de su manipulada aplicación, véase Arruñada, Benito (2007), “Pitfalls

evolución de la economía y la tecnología hayan demostrado superfluos; y, por otro lado, integrar verticalmente en la Administración Pública servicios de coordinación que con anterioridad prestaban agentes mediadores privados.

Esta integración tiene lugar en el CIRCE, el Centro de Información y Red de Creación de Empresas, creado ya en 2003 y cuya experiencia desde entonces ilustra las limitaciones de semejante estrategia, motivo fundamental de que el volumen de constituciones que procesa siga siendo exiguu: en el primer semestre de 2021, 9.210 sociedades limitadas<sup>4</sup>, lo que representa un 16,55% del total de 55.644 sociedades de ese tipo constituidas en España durante ese período<sup>5</sup>.

El proyecto de ley incluye y la prensa ha citado como una novedad relevante la posibilidad de constituir sociedades limitadas con un solo euro de capital, como si la aportación (que no gasto) de un capital de 3.000 euros hubiera sido en algún momento una restricción real, cuando, incluso antes de que se autorizase la constitución de la sociedad limitada de formación sucesiva y para todas las sociedades limitadas, el capital social materializado como aportación monetaria en cuenta corriente podía retirarse de ésta inmediatamente, como también podía sustituirse por una manifestación de responsabilidad de los socios por la suma supuestamente aportada (artículo 62.2 LSC), o ser aportado en especie y sin que requiriera de valoración independiente.

De hecho, el que se mantenga el requisito de aportar un euro de capital, con los costes fijos que ese trámite acarrea incluso cuando se sustituye por una manifestación de responsabilidad, demuestra el conservadurismo del legislador, que ha desaprovechado una vez más la ocasión de introducir la posibilidad de constituir sociedades mercantiles sin capital. En general, el mantenimiento de la doctrina de la “conservación del capital” está desprovista de todo contenido o funcionalidad económica pues no proporciona garantía efectiva alguna a los acreedores<sup>6</sup>; pero origina, sin embargo, costes notables en la vida de las sociedades mercantiles, cuando éstas se ven obligadas a efectuar maquillajes jurídico-contables para preservar una ficción puramente formal. Es, por tanto, costosa y sirve sólo, si acaso, los intereses de quienes proveen esos servicios jurídicos y contables.

No es esa la única oportunidad perdida, pues también se desaprovecha la oportunidad de hacer opcional la intervención notarial. Se trata de un trámite que no se exige en la mayoría de los países (incluidos Francia y Portugal) y cuya supresión sería coherente con la aplicación de las tecnologías que se pretenden promover, pues permitiría que los fundadores de la sociedad pudieran sustituir dicha intervención por otros mecanismos acreditativos de su identidad<sup>7</sup>, lo que parece especialmente idóneo para la constitución telemática.

---

to Avoid when Measuring the Institutional Environment: Is ‘Doing Business’ Damaging Business?”, *Journal of Comparative Economics*, 35(4), 729-47; y Arruñada, Benito (2009), “How *Doing Business* Jeopardizes Institutional Reform”, *European Business Organization Law Review*, 10(4), 555-74.

<sup>4</sup> CIRCE, “Cifras de creación de empresas online”, <https://paelectronico.es/es-ES/Documents/Cifras-Creacion.pdf>.

<sup>5</sup> Según Registro Mercantil, “Estadística Mercantil: Constituciones, Estadística mensual, junio de 2021”, <https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/2021/junio/paginas/constituciones.htm>.

<sup>6</sup> Véanse, por ejemplo, Black, Bernard S. (1990), “Is Corporate Law Trivial? A Political and Economic Analysis”, *Northwestern University Law Review*, 84(2), 542-97; Manning, Bayless, y James Hanks, Jr. (1990), *Legal Capital*, 3.ª ed., Westbury, NY, Foundation Press; y Arruñada, *Formalización de empresas, op. cit.*, n. **¡Error! Marcador no definido.**, pp. 233-236.

<sup>7</sup> Véase Arruñada, *Formalización de empresas, op. cit.*, n. **¡Error! Marcador no definido.**, pp. 223-233.

La experiencia de reformas previas sugiere, además, que, cuando la intervención notarial en las constituciones telemáticas con estatutos tipo está peor remunerada que en todas las demás y no se disponen otros incentivos, resulta difícil evitar que esa intervención lleve a descartarlas, pese a ser esas constituciones las que la ley intenta promover. Supuestamente, es éste el motivo por el que en los artículos 3 y 4 se amplían los deberes informativos de los intermediarios respecto a los Puntos de Atención al Emprendedor (PAE) y el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE). Sin embargo, de cumplir los notarios e intermediarios esa recomendación informativa, ni siquiera está claro que redundase en el interés del empresario que la siguiera: para las “sociedades limitadas nueva empresa”, que ahora por fin pasan a mejor vida, las ventanillas públicas solían recomendar las soluciones más rigoristas, que eran las que resultaban *más costosas* fiscalmente para el empresario.

Resulta también un tanto extraño que el legislador desaproveche la ocasión de este proyecto de ley para trasponer la Directiva (UE) 2019/1151, que obliga a hacer factible la constitución telemática íntegra, la cual deberá incluir, por tanto, la intervención notarial. Tampoco parece razonable la solución que prefigura la D.A. 6.<sup>a</sup> para el momento en que se decida trasponer dicha directiva. Fiel a su tradición de comprimir en vez de suprimir trámites, el legislador la lleva ahora al extremo, pues se compromete a adoptar una solución que mantendría la intervención notarial pero que sería proporcionada a distancia y estaría en cierta medida integrada en el algoritmo del CIRCE. Habría de ser inevitablemente minimalista, quizá similar al control de identidad que efectúan algunos intermediarios financieros al abrir cuentas online. Sea cual sea su eficacia, resulta aún más cuestionable si procedería o no mantener la reserva de actividad profesional para una intervención con esas características.

### **3. Escasa atención de las reformas a las barreras más importantes que confronta la creación, actividad y crecimiento de las empresas**

El proyecto de ley olvida por completo, en cambio, los costes de arranque no societarios, que representan la totalidad de los costes de arranque para empresas no societarias (incluidos la mayoría de los autónomos), así como, más importante, los costes recurrentes en que incurre todo tipo de empresa, societaria o no societaria, para operar en la formalidad.

Se ocupa también el proyecto de la morosidad privada, un asunto cuya función económica es muy variada y cuya gravedad es discutible. Baste señalar que la morosidad, entendida como un retraso injustificado en los pagos, no siempre es fácil de distinguir del aplazamiento de pagos, y que éste sirve también funciones de salvaguardia y *enforcement* contractual, al asegurar la calidad de servicio, como revela la variedad de plazos que existe no sólo entre países (el aplazamiento es mayor en países como Grecia o España que en aquellos como Suecia, que cuentan con un sistema judicial más eficaz) sino también entre sectores productivos dentro de cada país (el pescado fresco, que se deteriora muy rápido, se ha pagado tradicionalmente al contado; los juguetes o el cava, una vez transcurrido sus períodos de mayor demanda, facilitando así las devoluciones, etc.). Por ejemplo, muchas quejas de fabricantes y proveedores frente a distribuidores parecen razonables; pero otras muchas también parecen obedecer al deseo que expresan los menos

eficientes de limitar la competencia<sup>8</sup>. En todo caso, sea cual sea la importancia de la morosidad privada es probablemente mucho menor que la de la morosidad pública, pero, sin embargo, este de la morosidad pública es un fenómeno del que, sin embargo, no trata el proyecto de ley.

En la práctica, el proyecto presta también escasa atención a otra barrera tan fundamental como es la que constituyen las autorizaciones y licencias de apertura, no sólo relativas a las empresas sino a sus establecimientos, quedándose en el terreno de practicar meros retoques y declarar sus buenas intenciones respecto a la unidad de mercado y la mejora regulatoria. Para ello, recoge interpretaciones jurisprudenciales poco relevantes y define una lista de vagos principios orientadores de la actuación de las administraciones públicas, del tenor de:

Quando, en relación con una actividad económica concreta, existan normas que, no obstante sus posibles diferencias técnicas o metodológicas, fijen un estándar de protección equivalente en diferentes lugares del territorio español, las autoridades competentes velarán por que un operador económico legalmente establecido en cualquier parte del territorio español pueda ejercer su actividad económica en todo el territorio nacional.

Estos principios son similares a los que utiliza el TJUE para aplicar las libertades de circulación y controlar las restricciones que los estados imponen a la libre circulación de mercancías en el ámbito de la UE. Sin embargo, en manos de los gobiernos autonómicos, es de temer que sea poco efectivo, sobre todo si el gobierno central no está dispuesto a hacer un *enforcement* eficaz y habida cuenta de que las decisiones judiciales han sido complacientes con los poderes autonómicos.

El proyecto de ley pretende, pues, reducir algunos de los trámites iniciales o de arranque; pero estos ni son los más importantes, pues sólo se incurren una vez, ni tampoco los más costosos. Basta compararlos con los trámites requeridos para el pago de impuestos y cargas sociales, de carácter como mínimo trimestral cuando no mensual. Sin embargo, el proyecto no se ocupa del coste y la tramitación de estas cargas fiscales recurrentes.

Es lamentable, asimismo, que un proyecto de ley que pretende facilitar el crecimiento empresarial omita toda referencia a las barreras que genera la existencia de multitud de umbrales regulatorios, en virtud de los cuales la carga fiscal y regulatoria aumenta de forma automática con la dimensión de la empresa, un fenómeno que ha sido criticado de forma reiterada por numerosos informes de organismos internacionales<sup>9</sup>.

Por lo demás, el proyecto de ley impone de hecho cargas adicionales especialmente onerosas a los autónomos y las pequeñas empresas, al establecer la obligación de factura electrónica.

---

<sup>8</sup> Véase, a este respecto, Arruñada, Benito, “Relational Contracting between Retailers and Suppliers”, en E. Brousseau y J.-M. Glachant, eds., *The Economics of Contracts: Theories and Applications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, Cap. 19, 337-357; Arruñada, Benito, *Aplazamiento de pago y morosidad en las transacciones comerciales*, Marcial Pons, Madrid, 1999; y Arruñada, Benito, *La Directiva sobre morosidad: Una mala solución para un falso problema*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

<sup>9</sup> Véase para referencia y análisis Arruñada, Benito (2021), “Umbrales y excepciones como fallo regulatorio”, FEDEA, *Estudios sobre la economía española*, 2021-20, Madrid, <https://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2021-20.pdf>. Reproducido en J. M. Delgado, E. Huerta y C. Ocaña (coord.), *Empresa, Economía y Sociedad: Homenaje a Vicente Salas Fumás*, FUNCAS, Madrid, 2021, pp. 319-42.

Por el contrario, el proyecto muestra también su orientación a favor de extender la dimensión y los poderes de la Administración Pública en el hecho de que, aparentemente no se amplían los supuestos de silencio administrativo positivo.

Por último, el proyecto de ley viene a ampliar las burocracias públicas con la creación y reforma de varios organismos: un flamante Observatorio Estatal de la Morosidad Privada; un renovado sistema de seguimiento, evaluación y reforma del CIRCE (D.A. 4.<sup>a</sup>); un Observatorio de Buenas prácticas Regulatorias que será gestionado por la Secretaría de Unidad de Mercado; y la nueva Conferencia Sectorial para la Mejora Regulatoria y el Clima de Negocios, que asume las funciones del Consejo para la Unidad de Mercado.