

Capítulo 15

Las empresas emergentes o startups como facilitadoras del emprendimiento de los jóvenes en el ordenamiento español

ENRIQUE MELCHOR GIMÉNEZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho mercantil

Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA STARTUP, LA EMPRESA EMERGENTE Y SU ECOSISTEMA. III. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA EMPRESA EMERGENTE. 1. Ser persona jurídica inscribible, de reciente creación y pequeña dimensión. 1.1. *Persona jurídica inscribible en el Registro mercantil o Registro de cooperativas*. 1.2. *Nueva o reciente creación*. 1.3. *Pequeña dimensión*. 2. Tener un proyecto innovador y escalable, con reinversión de los beneficios. 3. Arraigo en España. 4. Requisitos de los fundadores y directores. IV. ESPECIALIDADES EN EL ÁMBITO SOCIETARIO. 1. Flexibilización del régimen de autocartera con fines retributivos. 2. Simplificación y reducción de costes en la constitución. 3. Regulación de los pactos parasociales. 4. Exoneración del deber de promover la disolución por pérdidas. V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el año 2022, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el Gobierno de España creó la *Estrategia España Nación Emprendedora*. Entre las medidas incluidas en el mencionado plan, destaca la promulgación de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (en adelante, LFEE). Con esta, se estableció en España un marco regulatorio que pretende promover la creación de empresas emergentes cuya característica más relevante es *desarrollar un proyecto de emprendimiento innovador que cuente con un modelo de negocio escalable* [art. 3.1.g) LFEE]. El objetivo principal perseguido por la Ley es que estas empresas sirvan de motores de la recuperación y la modernización de la economía española¹. Objetivo que se alinea, dada la vinculación de las empresas emergentes con la innovación, con el impulso del emprendimiento joven.

¹ Según algunos autores, convirtiendo a España en un *hub* de emprendimiento. *Vid.* Yatskiv, D., “Análisis legislativo de la «Ley Startups»: un impulso regulatorio al ecosistema de empresas emergentes en España”, *Diario La Ley*, núm. 10.353, 2023, pág. 1.

Las medidas previstas en la citada Ley comprenden distintas ramas del ordenamiento, tales como el Derecho mercantil, fiscal y laboral, y con ellas se persigue salvar los obstáculos más importantes identificados por el legislador en el desarrollo de las empresas emergentes. Obstáculos como el alto riesgo que presentan este tipo de proyectos por su carácter innovador y, por consiguiente, dificultad de acceso a la financiación; la necesidad de obtener una alta inversión en capital para expandirse y poder retribuir y retener trabajadores altamente cualificados; así como la fuerte competencia internacional para captar el talento y la inversión. Teniendo en cuenta tales dificultades, en la Ley se prevén incentivos fiscales, reducción de trabas administrativas y flexibilización de algunos aspectos de la regulación societaria.

Uno de los obstáculos más destacados, la dificultad de obtener financiación y atraer inversores, es probablemente el mayor problema con el que se encuentran los jóvenes para iniciar un proyecto empresarial. A menudo, jóvenes altamente cualificados con ideas innovadoras ven imposible iniciar un negocio por carecer del capital necesario o desisten por el riesgo asociado. Entendemos, por ello, que las medidas de impulso a las empresas emergentes en la LFEE pueden servir de ayuda al emprendimiento de los jóvenes.

En este trabajo se estudiarán las medidas facilitadoras del emprendimiento a través de *startups* contenidas en la LFEE, centrándonos fundamentalmente en el ámbito mercantil. Dentro de las medidas en la regulación mercantil, trataremos la simplificación y reducción de plazos y costes registrales (arts. 11 y 12 LFEE), entre ellos la reducción del plazo con el que cuenta el registrador para calificar e inscribir la sociedad que puede reducirse hasta seis horas si se utilizan estatutos tipo (art. 11.1 LFEE); la significación de la habilitación para inscribir pactos parasociales (art. 11.2 LFEE); la exención durante tres años desde la constitución del deber de disolver la sociedad por pérdidas (art. 13 LFEE) y la flexibilización de la regulación de la adquisición derivativa de participaciones propias en la sociedad de responsabilidad limitada para la retribución de administradores (art. 10 LFEE).

II. LA STARTUP, LA EMPRESA EMERGENTE Y SU ECOSISTEMA

El anglicismo *startup* ha sido ampliamente utilizado en la literatura económica y en el mundo de los negocios para designar un tipo de empresa con rasgos particulares que la distinguen del resto. El término se emplea en relación con empresas de reducido tamaño y reciente creación, pero con un elevado potencial de crecimiento, por presentar un modelo de negocio basado en la innovación y con apoyo en la tecnología². En una economía como la española en la que abundan las microempresas, se entiende que el rasgo más importante de este tipo de empresas y el que ha merecido la atención del legislador es el de su capacidad de desarrollo o escalabilidad, como se suele decir en el lenguaje económico, gracias a las posibilidades que ofrecen la tecnología y, especialmente, los medios digitales.

En el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y, dentro de este, la Estrategia España Nación Emprendedora, se promulgó la LFEE con la finalidad de impulsar este tipo de empresas. Conforme a la Exposición de motivos de la referida Ley, se considera que, promoviendo las *startups*, estas pueden impulsar y modernizar la economía española. El legislador deposita expectativas muy elevadas en este modo de emprender al que considera una *palanca de crecimiento*, destaca el hecho de que desarrolle *actividades de alto valor añadido*, promueva la investigación, mejore los *procesos sociales, económicos, medioambientales o culturales* e, incluso, lo considera una herramienta que puede reequilibrar el desigual desarrollo económico del territorio español³.

La *startup* es por definición una condición transitoria⁴, por el carácter de reciente creación que hemos señalado que es considerado como uno de sus rasgos diferenciadores. Irremediablemente dejará de serlo, bien por haber transcurrido el plazo para consolidarse

² En el diccionario económico del Diario Expansión se define *startup* como: *Anglicismo que designa a una compañía pequeña de nueva creación que acaba de iniciar su trayectoria empresarial. El término se utiliza con un matiz positivo, pues se denomina así especialmente a las empresas que se apoyan en la tecnología y que tienen un gran potencial.* Consultado en: <https://www.expansion.com/diccionario-economico/startup.html>.

³ Véase la Exposición de motivos de la LFEE.

⁴ A pesar de que en los medios en ocasiones se emplea el término *startup* o empresa emergente en relación con empresas consolidadas, la empresa solo lo es en tanto en cuanto no se consolida en el mercado, *vid.* Carrasco Perera, A., “La start-up en el tráfico mercantil”, en AA.VV. (López Cumbre, L., dir. y Revuelta García, M., coord.), *Start-ups, emprendimiento, economía social y colaborativa. Un nuevo modelo de relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 109.

(y habiéndolo logrado) o bien por haber fracasado el proyecto conduciendo a la extinción de esta. El primer escenario es el más deseable y menos habitual, del que hay conocidos ejemplos de empresas que en sus inicios fueron una *startup* y en la actualidad se encuentran entre las compañías de mayor capitalización de la bolsa estadounidense, las siete magníficas (entre ellas Facebook, ahora Meta). Menos conocidos, aunque más frecuentes, son los casos que terminan por no ser viables y es que, como se manifiesta en la Exposición de motivos de la LFEE, los proyectos innovadores *tienen un alto índice de fracaso*. Esa alta probabilidad deriva de las características del modelo de negocio innovador, que en caso de ser exitoso reportará grandes beneficios para los fundadores e inversores, así como para la economía y la sociedad en su conjunto, pero que con frecuencia acarrea algunos obstáculos. Por un lado, una iniciativa verdaderamente innovadora genera incertidumbre respecto a su futuro éxito, de manera que dificulta obtener la financiación necesaria para comenzar y, en una segunda fase, atraer las ingentes inversiones necesarias para escalar el negocio. Por otro lado, se requiere contar con un personal altamente cualificado, por ser la innovación un elemento central en la empresa, pero en sus inicios no tiene capacidad para generar los recursos necesarios para ofrecer una retribución competitiva en el mercado.

Los efectos positivos, de carácter global para la economía, que generan las *startups*, unidos a los obstáculos que dificultan su consolidación, son lo que justifica que el legislador haya decidido crear condiciones favorables a su desarrollo con la promulgación de la LFEE. Esas condiciones incluyen medidas de incentivo fiscal y la flexibilización de ciertos aspectos de la regulación aplicable, tanto en el ámbito del derecho público como el privado. Además de otras medidas de colaboración entre entidades públicas y privadas, facilitación de la obtención de subvenciones y otras políticas públicas.

Dado el singular tratamiento normativo que se da a las *startups* en la LFEE, debe definirse con claridad qué empresas son merecedoras de las medidas favorables previstas en la Ley. Lo que está en juego con ello es que empresas no merecedoras de tutela, en atención a la voluntad del legislador, puedan beneficiarse fraudulentamente. Como no puede ser de otra forma, definir un concepto significa excluir supuestos que podrían coincidir con lo que se venía considerando desde una perspectiva social y económica *startup*. Aunque sea un riesgo inherente a la necesaria definición y delimitación del

ámbito de aplicación normativo, es de reconocer que el legislador, con mayor o menor acierto, ha procurado acercarse en la medida de lo posible al concepto económico.

Para comenzar, aunque en la Exposición de motivos se emplea en alguna ocasión el término *startup*, en el articulado y en el propio título de la Ley se ha traducido el anglicismo por empresa emergente. Definiendo empresa emergente, el legislador pretende regular las *startups* y no una realidad distinta, por lo que debe entenderse simplemente como la traducción a nuestro idioma. Se contiene en el art. 3 LFEE, en el que el concepto de empresa emergente se delimita por el cumplimiento simultáneo de una lista de condiciones o requisitos que debe reunir la empresa y que serán comentados en los siguientes apartados. En ellos se aprecian los rasgos esenciales que generalmente se atribuye al concepto económico, como es el ser de pequeño tamaño, reciente creación y ofrecer un modelo de negocio innovador y escalable. Otros, por el contrario, responden a otros motivos como la seguridad jurídica (con la inscripción registral), querer beneficiar a la economía española (el requisito de arraigo en España) y la prevención del fraude o el beneficio de personas que hayan cometido algún ilícito administrativo o penal contemplado en el art. 3.3 LFEE.

III. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA EMPRESA EMERGENTE

1. Ser persona jurídica inscribible, de reciente creación y pequeña dimensión

1.1. Persona jurídica inscribible en el Registro mercantil o Registro de cooperativas

En el art. 3 LFEE se establecen las condiciones o requisitos que deben cumplirse para que una empresa tenga la consideración de empresa emergente y entre dentro del ámbito de aplicación de la misma Ley. Como punto de partida, en la definición legal de los caracteres de la empresa emergente, se limita el ámbito de aplicación de la norma a las personas jurídicas (art. 3.1 LFEE)⁵, excluyendo, con ello, al empresario persona física, comúnmente conocido como autónomo, y a entidades sin personalidad jurídica como las uniones temporales de empresas y el contrato de cuentas en participación⁶. Asimismo, se

⁵ Art. 3.1 LFEE: *Esta ley será de aplicación a las empresas emergentes, entendiéndose por empresa emergente, a los efectos de esta ley, toda persona jurídica...*

⁶ En este sentido, *vid.* Vázquez Cueto, J.C., “Los requisitos legales de las startups desde una perspectiva

especifica que la Ley también comprende dentro de su ámbito de aplicación las empresas de base tecnológica, que según el art. 3.1 LFEE hayan sido *creadas al amparo* de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación⁷.

En el art. 3.1 LFEE se afirma que puede ser empresa emergente, si cumple con los requisitos enumerados en el mismo, *toda persona jurídica*, lo que podría llevar a pensar erróneamente que puede ser de cualquier tipo. Sin embargo, en el art. 5 LFEE se afina más el ámbito de aplicación subjetivo incluyendo un requisito adicional, que restringe los tipos de personas jurídicas a las que resulta aplicable. Este es que la condición de empresa emergente debe inscribirse en el Registro Mercantil o en el de cooperativas que sea competente. De manera expresa se estipula (en el art. 5.1 LFEE) que la inscripción se trata de una *condición necesaria* para que la empresa emergente se pueda acoger a los beneficios y reglas especiales contenidas en la LFEE⁸. De lo que se deriva que no podrán ser empresas emergentes personas jurídicas como las asociaciones y fundaciones. Sí lo podrán ser cualquier sociedad mercantil, las sociedades cooperativas e, incluso, la sociedad civil por su objeto, que es inscribible voluntariamente en el Registro Mercantil en virtud de la disposición adicional octava de la Ley Crea y Crece (Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas).

Así pues, en la Ley se prevé que una importante variedad de personas jurídicas pueda optar a tener la consideración de empresa emergente. No obstante, como se verá al atender a las reglas especiales contenidas en la LFEE, sobre todo en lo que respecta a los preceptos que afectan al ámbito mercantil, claramente el legislador tiene en mente un tipo societario concreto, que es la sociedad de responsabilidad limitada⁹. Lo que no sorprende, pues se trata del tipo social más ampliamente utilizado y sus rasgos tipológicos encajan bien con

jurídico-privada”, *La Ley mercantil*, núm. 110, 2024, pág. 9.

⁷ En puridad la Ley a la que se remite el legislador no regula las empresas de base tecnológica, sino que se limita a establecer que la Administración pública deberá promover este tipo de empresa (art. 36 *sexies*). La normativa concreta en la que se regulan depende de la de cada Universidad, *vid.* Martínez Martínez, M.^a.T., “Especialidades societarias de las empresas emergentes” en AA.VV. (Almudí, J. M., Martínez Lago, M.A. y Martínez Martínez, M.^a.T., dirs.), *El derecho ante realidades disruptivas: empresas emergentes, sociedades pantalla y criptoactivos*, Aranzadi, España, 2022, pág. 30.

⁸ Art. 5.1 LFEE: *La condición de empresa emergente inscrita en el Registro Mercantil o en el Registro de Cooperativas competente, será condición necesaria y suficiente para poder acogerse a los beneficios y especialidades de esta ley...*

⁹ Monzón Carceller, N., “Aspectos mercantiles de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (Ley de Startups)”, *Diario La Ley*, núm. 10.262, 2023, pág. 6; y Vázquez Cueto, J.C., “Los requisitos legales...”, *op. cit.*, pág. 9.

el modelo de empresa emergente: flexibilidad en su configuración estatutaria, el capital inicial, es decir, el capital social mínimo requerido por la Ley es ínfimo (en la actualidad un euro, art. 4.1 LSC¹⁰) y está previsto para un número reducido de socios.

1.2. Nueva o reciente creación

Otro de los requisitos contemplados es que la sociedad sea de nueva o reciente creación [art. 3.1.a) LFEE]. Es una condición que concuerda con la concepción económica y social de la *startup*, traducida en la Ley como empresa emergente, y responde a la idea de que se trata de un negocio en una fase inicial que cuenta con un gran potencial, pero que todavía no se ha consolidado en el mercado. De acuerdo con el precepto citado, se contempla que una sociedad pueda optar a que le sea aplicable el régimen de la empresa emergente desde su constitución. Sin embargo, cuando se atiende a los factores que debe tener en cuenta la sociedad pública encargada de evaluar y certificar el carácter de empresa emergente (la Empresa Nacional de Innovación, SME, SA conocida por las siglas ENISA) no parece tan clara esa opción. Nos referimos al hecho de que, al valorar el grado de innovación de la empresa, los aspectos determinantes son el haber obtenido financiación pública en los últimos tres años, sin haber sido revocada, y la inversión en I+D+i en los dos ejercicios anteriores o en el anterior cuando la empresa tenga menos de dos años [art. 4.3.a) LFEE]¹¹.

La otra posibilidad, que sea de reciente creación, parece más plausible, entendiéndose como tal aquellas para las que no haya transcurrido, como regla general, cinco años desde la inscripción registral. El plazo es de siete años si se trata de empresas pertenecientes al sector de la biotecnología, la energía, industriales, otros sectores estratégicos o de empresas que hayan desarrollado tecnología propia diseñada en España. El art. 3.1.a) LFEE se remite a un futuro desarrollo por orden ministerial de los sectores considerados estratégicos, si bien finalmente no se han incluido nuevos sectores¹². Ambos plazos son

¹⁰ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹¹ Monzón Carceller, N., “Aspectos mercantiles...”, op. cit., págs. 7-11, señala tal dificultad para las empresas de nueva creación en relación con la evaluación del grado de innovación y otros criterios contenidos en el art. 4.3 LFEE.

¹² Como se indica en la orden de desarrollo de la LFEE, la Orden PCM/825/2023, de 20 de julio, por la que se regulan los criterios y el procedimiento de certificación de empresas emergentes que dan acceso a los

los que el legislador entiende como razonables para que una empresa emergente se consolide en el mercado y, con ello, deje de ser merecedora de las medidas específicas contenidas en la LFEE. Ahora bien, el plazo de disfrute efectivo de esas medidas, destinadas a impulsar el crecimiento de las empresas emergentes será inferior, pues previamente deben acreditar el cumplimiento de los requisitos para obtener la certificación de ENISA e inscribir la condición de empresa emergente en el Registro Mercantil o el de cooperativas que sea competente (arts. 4 y 5 LFEE). Periodo que será considerablemente inferior al de cinco o siete años si se tiene en cuenta que, entre los factores para obtener la certificación, algunos consisten en el análisis de periodos de uno a tres ejercicios [en el ya comentado art. 4.3.a) LFEE].

En línea con el requisito de que la empresa emergente sea de nueva o reciente creación, se establece que esta no debe tener origen o derivarse de una *fusión, escisión o transformación de empresas que no tengan la consideración de empresas emergentes* [art. 3.1b) LFEE]. La razón de incluir esta prohibición es comprensible, aunque presenta ciertas incoherencias. De no existir una previsión como esta, podría emplearse una operación de modificación estructural para *camuflar* una empresa ya consolidada como una de nueva creación. A modo de ejemplo, una sociedad constituida en un periodo superior al requerido en el art. 3.1.a) LFEE podría escindir total o parcialmente su negocio estableciendo como beneficiaria de la escisión una sociedad de nueva creación. De este modo, la sociedad beneficiaria (de nueva creación), si no existiera la prohibición señalada, podría cumplir con las condiciones para ser considerada empresa emergente recibiendo como consecuencia de la modificación estructural una empresa o negocio ya consolidado. El legislador quiere evitar que se empleen este tipo de operaciones con el fin de que empresas consolidadas se beneficien injustificadamente de los incentivos contemplados en la LFEE. Por ese motivo, si todas y cada una de las sociedades que intervienen en la operación tienen la consideración de empresa emergente, no se excluye la sociedad resultante del ámbito de aplicación de la Ley [art. 3.1b) LFEE].

beneficios y especialidades reconocidas en la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes: *Esta orden ministerial no añade otros sectores estratégicos a los ya establecidos en el artículo 3.1.a) de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, que son biotecnología, energía e industriales.*

Se aprecian defectos en la redacción del art. 3.1.b) LFEE por la inclusión de operaciones que no son susceptibles de producir el efecto que el legislador quiere evitar y por omitir otras que sí conllevan ese riesgo. La transformación, entre las primeras, no implica la transmisión del patrimonio (con la empresa de la que es titular la sociedad) de una sociedad a otra ni supone la constitución de una nueva sociedad, sino que se produce una continuidad en la personalidad de la sociedad transformada (art. 17 RDL 5/2023¹³. Asimismo, se omite la cesión global del activo y pasivo¹⁴, que sí podría ser empleada para que una sociedad transmita su patrimonio a una sociedad de reciente constitución con el fin de salvar el requisito temporal para ser considerada empresa emergente. Por otro lado, es innecesaria la afirmación de que la segregación se considerará comprendida dentro de las anteriores operaciones, ya que el art. 58.1.3ª RDL 5/2023 establece sin género de dudas que se trata de una modalidad de escisión. Finalmente, que el término concentración también sea incluido en las *anteriores operaciones* (fusión, escisión y transformación) genera confusión¹⁵, por tratarse de un concepto de otro ámbito del Derecho mercantil (el de Defensa de la competencia y no de las Modificaciones estructurales) que, además, es más amplio, en el sentido de dar cabida a un mayor número de supuestos. Pese a los defectos señalados, entendemos que la voluntad del legislador es incluir las distintas operaciones comprendidas en el concepto de *mergers and acquisitions*. Es decir, los distintos tipos de modificaciones estructurales y formas de adquisición de empresa que den como resultado la adquisición o unión de empresas bajo la titularidad jurídica de una sociedad de nueva o reciente creación, a excepción de que todas y cada una de las sociedades implicadas tengan la consideración de empresa emergente.

El fin de evitar que una empresa ya consolidada, que incumpla las condiciones para ser considerada empresa emergente, se beneficie de la regulación favorable de la LFEE, igualmente, explica por qué se excluye del ámbito de aplicación aquellas empresas que pertenezcan a un grupo (de sociedades, conforme al art. 42 del Código de Comercio), salvo el supuesto en el que todas y cada una de las integrantes del grupo cumplan con las

¹³ Art. 17 Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio: *En virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica.*

¹⁴ *Vid.* Vázquez Cueto, J.C., “Los requisitos legales...”, op. cit., pág. 13.

¹⁵ Como advierte Martínez Martínez, M.^a.T., “Especialidades societarias...”, op. cit., pág. 26.

condiciones legales (art. 3.1 *in fine* LFEE). En este caso, se pretende evitar que en el seno de un grupo de sociedades se constituya una sociedad dependiente (o se recurra a una de reciente creación) para beneficiarse de la aplicación de la LFEE, pese a no cumplir la sociedad dominante con los requisitos.

1.3. Pequeña dimensión

Aunque no se establezca expresamente entre los requisitos del art. 3 LFEE, el hecho de que la empresa de la que es titular la sociedad supere una determinada dimensión económica conlleva la pérdida de la condición de empresa emergente. En concreto, tal pérdida se produce al rebasar el volumen de negocio anual de diez millones de euros [art. 6.d) LFEE]. Dado que ENISA debe evaluar, en la solicitud de certificación para ser considerada empresa emergente, el cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 3 y 6 LFEE, se entiende que es un requisito que debe cumplirse desde el inicio y no solo como causa de pérdida de tal condición. La decisión de fijar dicha cifra de volumen de negocio es una cuestión de política legislativa, con respecto a la que ha habido voces enfrentadas tanto por exceso como por defecto¹⁶. Dejando a un lado la discusión sobre si la cifra es acertada o no, esta marca la diferencia entre lo que el legislador entiende como empresa emergente, en una fase incipiente, frente a una empresa ya consolidada que no precisa la protección ofrecida por la LFEE.

En la misma línea, se excluye del ámbito de aplicación de la Ley las sociedades que coticen en mercados regulados [art. 3.1.d) LFEE]. Generalmente se trata de sociedades de una dimensión económica más elevada que las no cotizadas. Además, la *salida a bolsa* de una *startup* suele corresponderse con una fase posterior, una vez consolidada en el mercado y acreditado que el modelo de negocio ha tenido éxito¹⁷. Por lo tanto, es acorde con la realidad económica que se pretende regular la exclusión de las sociedades cotizadas.

¹⁶ Por establecer una cifra demasiado reducida lo ha criticado Benítez García, R., “Principales novedades en la legislación societaria como consecuencia de la Ley crea y crece, y la futura aprobación de los proyectos de Ley de startups, y de eficiencia digital del servicio público de justicia”, *Revista Lex Mercatoria*, núm. 21, 2022, pág. 44; y, por ser excesiva: Vázquez Cueto, J.C., “Los requisitos legales...”, op. cit., pág. 16.

¹⁷ Carrasco Perera, A., “La start-up...”, op. cit., pág. 109.

2. Tener un proyecto innovador y escalable, con reinversión de los beneficios

El desarrollo de un proyecto innovador y escalable no es un mero requisito, sino que debe ser un elemento central. El carácter innovador es exigido para tener la consideración de empresa emergente [art. 3.1.g) LFEE] no en relación con las actividades específicas de la empresa, sino con respecto al *proyecto de emprendimiento*. Eso significa que el requisito no se cumple únicamente con aplicar ciertos procesos o técnicas innovadoras en la prestación de servicios o desarrollo de productos ya existentes. El proyecto o modelo empresarial, entendido de forma global, debe ser innovador y se entiende que la empresa es innovadora cuando tiene una finalidad transformadora de la realidad existente. Dicho de otro modo, en palabras del legislador, la empresa debe perseguir la resolución de un problema o mejora de la situación existente mediante productos, servicios o procesos nuevos o que supongan una mejora sustancial con respecto al estado de la técnica (segundo párrafo del art. 3.2 LFEE). Como prueba de que es genuinamente innovador, el proyecto empresarial debe implicar un riesgo de fracaso (tecnológico, industrial o del propio modelo de negocio). Precisamente esa incertidumbre respecto al éxito de la empresa, por la propuesta novedosa de la empresa, es lo que justifica las medidas establecidas en la LFEE. Sin embargo, cuando se atiende a los elementos concretos que son valorados por ENISA para analizar el grado de innovación del proyecto emprendedor, se aprecia que más que el proyecto en sí mismo, que exigiría una apreciación sujeta a una cierta subjetividad, pesan otros factores objetivables, pero no por ello mejores. En concreto, se considera cumplido el requisito si se ha obtenido financiación pública para el desarrollo de proyectos emprendedores o de I+D+i o si se ha destinado, al menos, un quince por ciento del gasto a la inversión en I+D+i [art. 4.3.a) LFEE y art. 4.3 de la Orden PCM/825/2023, de 20 de julio]. Se trata de datos fácilmente comprobables por la Administración, pero que, a nuestro modo de ver, no necesariamente acreditan el pretendido carácter innovador y, al mismo tiempo, excluyen proyectos innovadores al no atender a la propuesta empresarial, sino a la obtención de financiación pública y el grado de inversión en I+D+i.

En cuanto a la escalabilidad, es un requisito que acompaña al de la innovación en el texto legal, pero de un carácter diferente y que no puede considerarse acreditado por la mera constatación de que el proyecto empresarial es innovador. Una empresa puede ser

altamente innovadora sin que pueda escalarse fácilmente el modelo de negocio y viceversa. La escalabilidad se refiere al potencial de rápido desarrollo, lo que suele producirse con mayor facilidad en el medio digital, aunque no es imprescindible¹⁸. Entre los factores que son analizados para para determinar si es escalable, se encuentra la posibilidad de acceder a un número significativo de usuarios (en referencia al mundo digital) o de aumentar el número de operaciones o la facturación [art. 4.3.d) LFEE]. Además de otros factores, algunos de ellos exógenos, pero condicionantes del potencial de crecimiento, como son el grado de atractivo del mercado y la competencia existente [art. 4.3 apartados b) y e) LFEE].

La innovación y el rápido crecimiento que se espera de una empresa emergente precisa una continua reinversión de las ganancias generadas durante la fase inicial. Es habitual en la realidad económica que las *startups* no distribuyan beneficios en sus inicios, para alcanzar el desarrollo que las consolide como un negocio rentable¹⁹. En la LFEE se aprecia esta característica al requerirse, como condición para ser considerada empresa emergente, que la sociedad no distribuya ni haya distribuido dividendos, o retornos si se trata de una cooperativa [art. 3.1.c)]. El requisito aplica tanto después de haber obtenido la acreditación como retrospectivamente, antes de solicitarla. Además del enfoque en el crecimiento, parece haber pesado en el establecimiento de este requisito el hecho de que el objetivo de la Ley es crear un ecosistema que impulse el desarrollo de las empresas emergentes, lo que se traduce en el acceso a financiación pública y privada. Por lo tanto, el evitar la descapitalización de la sociedad a costa de quienes financian el proyecto, parece ser otra de las razones que podrían justificar la medida.

3. Arraigo en España

Anteriormente hemos mencionado que, en la Exposición de motivos de la LFEE, se sostenía, como uno de los efectos positivos del impulso de las empresas emergentes, el que estas podrían convertirse en un motor de recuperación y modernización de la economía española. Para que eso tenga lugar y, dado que se prevén medidas legislativas

¹⁸ Carrasco Perera, A., “La start-up...”, op. cit., pág. 110.

¹⁹ Vázquez Cueto, J.C., “Los requisitos legales...”, op. cit., págs. 3-4.

y administrativas favorables, se requiere que las empresas tengan un cierto arraigo en el territorio español.

La vinculación con España se concreta en la exigencia de que la empresa tenga *su sede social, domicilio social o establecimiento permanente* en su territorio [art. 3.1.e) LFEE]. Los conceptos de sede y domicilio social, que en la LFEE parecen diferenciarse, jurídicamente son asimilables²⁰. El domicilio debe radicar donde la sociedad tenga su centro efectivo de administración y dirección o su establecimiento o explotación principal (art. 9.1 LSC) y el tener el domicilio en España determinará que su nacionalidad sea española y que la Ley por la que se rija también sea la de dicha nacionalidad (art. 8 LSC). Con respecto a la referencia al establecimiento permanente, la LFEE abre la posibilidad a que también tengan la consideración de empresa emergente los establecimientos o sucursales de empresas extranjeras instaladas en España²¹.

Como otro elemento de vinculación con España y para que las medidas de impulso incidan en la generación de empleo en nuestro país, se requiere que la empresa tenga, como mínimo, un sesenta por ciento de la plantilla con contrato laboral en España.

4. Requisitos de los fundadores y directores

El art. 3.3 LFEE establece un requisito adicional, formulado en sentido negativo y referido a los fundadores y directores de la empresa. En virtud de este, es causa impositiva del reconocimiento de la condición de empresa emergente el que sus fundadores y directivos, que lo sean por sí mismos o por persona interpuesta (supuestos de actuación mediante representante o de participación indirecta), no estén al corriente de sus obligaciones tributarias y con la seguridad social, que hayan sido condenados por sentencia firme por alguno de los delitos enumerados en el art. 3.3 LFEE, que hayan sido condenados a no poder optar a ayudas y subvenciones públicas o que hayan perdido la posibilidad de contratar con la Administración. Atendiendo a los supuestos previstos en la norma y a los sujetos a los que se refiere, el sentido de la norma parece ser evitar que se utilice una sociedad con fines fraudulentos. Es decir, que personas que en virtud de los

²⁰ Martínez Martínez, M.^aT., “Especialidades societarias...”, op. cit., pág. 24; y, Vázquez Cueto, J.C., “Los requisitos legales...”, op. cit., pág. 17.

²¹ Monzón Carceller, N., “Aspectos mercantiles...”, op. cit., pág. 9.

supuestos referidos no podrían optar a los beneficios contemplados en la norma, ni a otro tipo de ayudas públicas, recurran a la constitución de una sociedad para eludirlo.

Aun siendo razonable el fin perseguido, el art. 3.3 LFEE presenta defectos de los que se derivan dudas interpretativas en cuanto al ámbito de aplicación del precepto, principalmente respecto al alcance subjetivo.

Para comenzar, no se comprende por qué la norma omite a la propia sociedad entre los sujetos. La sociedad puede incurrir fácilmente en algunos de los supuestos contemplados (no todos, pues ciertos delitos solo pueden ser realizados por personas físicas). El ejemplo más claro es el de no estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. No es coherente que se excluya a una sociedad de la aplicación de la LFEE porque uno solo de sus socios fundadores haya incumplido sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social y que sea indiferente el que la propia sociedad esté o no al corriente de tales obligaciones.

En lo que se refiere a los fundadores, igualmente, se plantean varias dudas. En primer lugar, no se establece un porcentaje mínimo de participación en la sociedad, como sí se hace en el art. 6.f) LFEE sobre la pérdida de la condición de empresa emergente (un mínimo del cinco por ciento). Por lo tanto, socios fundadores con una participación ínfima en el capital de la sociedad y, con ello, sin poder de influir en esta podrían impedir que la sociedad se beneficiara de la aplicación de la Ley, en caso de incurrir en alguno de los supuestos del art. 3.3 LFEE²². En segundo lugar, entendemos que solo se refiere a los socios fundadores que lo sigan siendo en el momento de solicitar la certificación a ENISA, no a los fundadores que abandonen la sociedad. Ahora bien, nada se dice de los socios que se incorporen con posterioridad al momento fundacional, por haber adquirido la participación en el capital social una vez constituida, ya sea a un socio o en una ampliación del capital. De nuevo, consideramos que se trata de un error del legislador, pero, atendiendo a que la aplicación del precepto conlleva la exclusión de la sociedad de

²² Lo interpreta de esta forma Monzón Carceller, N., “Aspectos mercantiles...”, op. cit., pág. 11; mientras que Vázquez Cueto, J.C., “Los requisitos legales...”, op. cit., pág. 18, considera que solo debe aplicar en relación con las personas con influencia sobre la actuación de la sociedad.

los beneficios previstos en la LFEE, la interpretación del alcance subjetivo de este debe ser restrictiva²³.

En cuanto a quienes dirigen la empresa emergente, el término es de una vaguedad tal que dificulta la adecuada comprensión de los sujetos incluidos. Considerando que en el art. 6.f) LFEE se establece que el hecho de que los administradores hayan sido condenados por alguno de los delitos del art. 3.3 es causa de pérdida de los beneficios de previstos en la LFE, debe entenderse que los administradores de la sociedad (todos ellos) quedan incluidos dentro del concepto *directores*, independientemente de si tienen o no funciones ejecutivas²⁴. Igualmente, personas que no formen parte del órgano de administración, pero que tengan un contrato de alta dirección en la sociedad quedarían comprendidas dentro de dicho término²⁵.

IV. ESPECIALIDADES EN EL ÁMBITO SOCIETARIO

1. Flexibilización del régimen de autocartera con fines retributivos

Uno de los obstáculos que recoge la Exposición de motivos de la LFEE, que afecta a las empresas emergentes, es la dificultad para captar y retener el talento. En esta fase incipiente de la vida de la empresa, el flujo de ingresos es reducido y un alto porcentaje de este debe reinvertirse para hacer crecer y consolidar el negocio. En tales condiciones, la empresa se ve incapaz de ofrecer una retribución competitiva a sus administradores y trabajadores²⁶. Más aún si se tiene en cuenta que, dado el carácter innovador del proyecto empresarial, el tipo de trabajador que se precisa es de una elevada cualificación.

En la LFEE se ha querido dotar a las empresas emergentes de mecanismos alternativos a la tradicional remuneración mediante la asignación de una cantidad monetaria fija, en la que no pueden competir en condiciones de mercado. La medida consiste en flexibilizar para la sociedad de responsabilidad limitada, que tenga la condición de empresa emergente, el régimen de la adquisición de participaciones propias con fines retributivos.

²³ Sobre la interpretación estricta del alcance subjetivo del art. 3.3 LFEE, *vid.* Vázquez Cueto, J.C., “Los requisitos legales...”, *op. cit.*, pág. 18.

²⁴ Vázquez Cueto, J.C., “Los requisitos legales...”, *op. cit.*, pág. 18.

²⁵ Monzón Carceller, N., “Aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, pág. 12.

²⁶ *Vid.* al respecto, Gimeno Beviá, V., “El sistema de retribución en las empresas emergentes”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 31, 2022, pág. 2.

Lo que se ha hecho, en pocas palabras, ha sido aproximar la regulación de la adquisición derivativa de participaciones propias de la sociedad de responsabilidad limitada, permitida en supuestos muy restringidos (art. 140 LSC), a la de la sociedad anónima (específicamente la adquisición derivativa condicionada del art. 146 LSC)²⁷, cuando tenga por finalidad su entrega a *administradores, empleados u otros colaboradores* (art. 10.1 LFEE). Medida con la que se permite que la sociedad de responsabilidad limitada-empresa emergente pueda recurrir a un régimen de retribución bastante común en la sociedad anónima, el consistente en las conocidas como *stock options*²⁸, pero vedado a las sociedades de responsabilidad limitada conforme al art. 140 LSC.

Las condiciones establecidas en el art. 10 LFEE, para la adquisición de participaciones propias en la sociedad de responsabilidad limitada-empresa emergente, coincidentes con lo dispuesto en el art. 146 LSC para la sociedad anónima son las siguientes:

La adquisición de las participaciones debe ser autorizada por acuerdo de la junta general de la sociedad y únicamente puede hacerlo con el fin de entregarlas a los administradores, empleados u otros colaboradores en el marco de la ejecución de un plan de retribución. Aunque se omite en el art. 10.1 LFEE, entendemos que la finalidad de la autorización (su entrega a los sujetos indicados en ejecución de un plan retributivo) debe figurar expresamente en el acuerdo de la junta. El mismo precepto antes citado indica que como máximo se puede autorizar la adquisición de participaciones que representen un veinte por ciento del capital social. Lo que conforme a una interpretación literal (entendemos errónea) podría llevar a pensar que el límite del veinte por ciento es por cada acuerdo de autorización de adquisición de participaciones propias de la sociedad de responsabilidad limitada. El resultado sería que con cinco acuerdos en dicho sentido la autocartera podría llegar al cien por cien del capital social, lo que a todas luces va en contra del espíritu de la Ley. La interpretación correcta es aplicar el mismo criterio que en el art. 146.2 LSC, en virtud del cual el límite del veinte por ciento comprende tanto las que ya se adquirieron previamente como las que se autoriza adquirir.

²⁷ En este sentido, *vid.* Trías Sagnier, M., “Las *start-ups* y la regulación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 71, 2024, pág. 14.

²⁸ V. Gimeno Beviá, V., “El sistema de retribución...”, *op. cit.*, págs. 6-8; y, Suárez Tramón, A., “Análisis de principales novedades de la futura nueva Ley de Startups”, *Técnica Contable y Financiera*, núm. 59, 2023, pág. 4.

Adicionalmente, reproduciendo la misma condición prevista en el art. 146.1.b) LSC para la sociedad anónima, se establece que, como resultado de la adquisición de las participaciones propias, el patrimonio neto no debe resultar inferior a la suma del capital social y las reservas indisponibles [art. 10.3.1.b) LFEE].

El plazo con el que cuenta la sociedad para adquirir las participaciones está limitado a cinco años desde el acuerdo de autorización adoptado por la junta general, conforme al art. 10.3.c) LFEE. Plazo que coincide con el previsto para la sociedad anónima en el art. 146.1.a) LSC.

Otro de los requisitos o condiciones de la autocartera en la sociedad de responsabilidad limitada-empresa emergente, inspirado en el régimen de la sociedad anónima, carece de sentido (y debería haberse omitido en la LFEE) al ir referido a sociedades de responsabilidad limitada. Se trata del requisito de que las participaciones estén íntegramente desembolsadas, sabiendo que solo cabe el desembolso parcial en la sociedad anónima y en ningún caso cabe hacerlo en la limitada (art. 78 LSC).

Por último, el sistema retributivo en el que se encuadra la adquisición de las participaciones propias debe cumplir con determinados requisitos, incluidos en el art. 10.2 LFEE, y que se inspiran en el régimen de remuneración vinculada a acciones de la sociedad anónima (art. 219 LSC). Tales requisitos son la necesaria previsión estatutaria y aplicación por acuerdo de la junta en el que se incluya el número máximo de participaciones a asignar en cada ejercicio, el valor de las participaciones y el plazo de duración. Lo llamativo es que estos requisitos solo se aplican en la sociedad anónima con respecto a la fijación de la retribución de los administradores, pero en la LFEE se aplica con la misma severidad en la sociedad de responsabilidad limitada-empresa emergente a sujetos para los que no se requiere en la anónima. Estos son los trabajadores y colaboradores de la empresa²⁹.

²⁹ Así lo pone de relieve Martínez Martínez, M.^aT., “Especialidades societarias...”, op. cit., pág. 34.

2. Simplificación y reducción de costes en la constitución

En la Exposición de motivos de la LFEE, se identifica como uno de los obstáculos al emprendimiento la carga que suponen los trámites administrativos. En la mencionada Ley se contemplan diversas medidas para agilizar tales procesos, si bien el resultado final no supone una diferenciación sustancial para la empresa emergente, ya que alguna de estas, a la que se hace alusión en la Exposición de motivos, no figura en el articulado (eliminación del doble trámite registral y notarial³⁰) y otras no son reglas especiales solo aplicables a las empresas emergentes.

Se dispone en el art. 11.1 LFEE dos formas de inscribir en el Registro Mercantil la empresa emergente constituida como sociedad de responsabilidad limitada: una sin estatutos tipo y otra con estatutos tipo (modelos de estatutos estandarizados). Cuando la sociedad es inscrita sin recurrir a los estatutos tipo, el plazo del que dispone el registrador para tramitar la inscripción es de cinco días hábiles, a contar desde el día posterior al del asiento de presentación o desde la fecha de devolución del documento retirado. Mientras que, en caso de emplear los modelos de estatutos, el plazo es de tan solo seis horas, desde la recepción telemática de la escritura, y contadas en horario de apertura de los registros. En ambos casos los plazos son razonablemente breves, sin embargo, como hemos adelantado, no es una medida exclusivamente aplicable a las empresas emergentes. Conforme a la Ley de apoyo a los emprendedores³¹, tras su reforma por la Ley Crea y Crece, esos mismos plazos aplican en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada con carácter general (arts. 15.5 y 16.4).

El uso de estatutos tipo y la tramitación telemática tiene supuestamente una ventaja adicional, además de la reducción del plazo de tramitación de la inscripción de la sociedad, y es que permite una reducción de los aranceles notariales y registrales. Los notariales serán de sesenta euros y los registrales cuarenta. Asimismo, se les exime del pago de las tasas por la publicación de los actos de inscripción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 12 LFEE). No obstante, ya hemos mencionado las dificultades que plantean los requisitos establecidos para que la sociedad pueda ser reconocida como empresa emergente en el momento de su constitución, principalmente por los criterios

³⁰ *Vid.* al respecto Martínez Martínez, M.^aT., “Especialidades societarias...”, op. cit., págs. 36-37.

³¹ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

empleados para valorar el grado de innovación por ENISA (art. 4.3 LFEE), lo que es un obstáculo para que la reducción de aranceles y tasas tenga efecto.

3. Regulación de los pactos parasociales

Las empresas emergentes suelen estar formadas por dos tipos de sujetos. En un lado, están los fundadores que son los creadores del proyecto de negocio innovador y cuyos conocimientos son necesarios para ponerlo en marcha. En el otro lado, están los inversores cuya función es aportar el capital necesario para que la empresa tenga éxito³². Ambos son socios y comparten el interés común de desarrollar una actividad económica con el ánimo de generar ganancias. Sin embargo, también tienen intereses diferenciados, que podrían llegar a entrar en conflicto. Los fundadores generalmente estarán interesados en mantener un cierto control sobre el negocio y que este crezca. Los inversores, por su parte, no tienen interés en asumir directamente la dirección de la empresa, pero, dado que ponen en riesgo su capital, querrán tomar medidas para preservar y recuperar su inversión. Entre otras, garantizarse el acceso a la información sobre la situación de la empresa, la fijación de un calendario de desinversión³³ o llegar a acuerdos con los fundadores respecto a la distribución de las ganancias de la empresa, cuando las haya.

La mencionada disparidad de intereses, y con el objeto de evitar futuros conflictos, se trata de resolver mediante la celebración de pactos entre socios fundadores e inversores, los conocidos como pactos parasociales. Mediante estos, fundadores e inversores alcanzan acuerdos sobre aspectos organizativos (reserva o distribución de puestos en el órgano de administración, mayorías requeridas para la adopción de acuerdos en la junta general, derecho de información, auditoría contable, etc.) relacionales (en el caso de la empresa emergente fundamentalmente referidos a la desinversión o futura salida de los

³² Sobre la diferenciación entre fundadores e inversores en la empresa emergente, *vid.* Martínez Martínez, M.^a.T., “Especialidades societarias...”, *op. cit.*, pág. 38 y Vázquez Cueto, J.C., “Los requisitos legales...”, *op. cit.*, pág. 3.

³³ Entre las formas de financiación de las empresas emergentes está la que ofrecen las entidades de capital riesgo. Estas empresas no aspiran a ser socios por un largo periodo, sino que espera a que la empresa emergente tenga éxito para vender su participación en la sociedad. Por ello prevén cláusulas de desinversión por las que los fundadores se obligan a recomprar. Carrasco Perera, A., “La start-up...”, *op. cit.*, pág. 111.

inversores) y de atribución (asunción de la obligación de aportar financiación en futuras rondas, cesión a la sociedad de patentes, pactos de no competencia, etc.)³⁴.

Aunque los pactos parasociales son una herramienta útil para la regulación de la relación entre los socios, también presentan inconvenientes. En primer lugar, tienen naturaleza contractual por lo que solo obligan a los firmantes del pacto. Eso significa que no surten efectos sobre terceros (ajenos al pacto), entre ellos la propia sociedad (art. 29 LSC). Por consiguiente, el incumplimiento del pacto parasocial no es causa de impugnación de acuerdos o decisiones adoptados por la sociedad ni de exclusión del socio que lo contraviene. Del mismo modo, tampoco tienen la obligación de cumplir el pacto los nuevos socios, por el mero ingreso en la sociedad³⁵.

Frente a los señalados problemas, en el art. 11.2 LFEE, se establecen dos soluciones destinadas exclusivamente a la sociedad de responsabilidad limitada-empresa emergente en relación con los pactos parasociales.

En primer lugar, se reconoce la posibilidad de inscribir los pactos adoptados por los socios en el Registro Mercantil y se afirma expresamente que gozan de publicidad registral. Lo anterior, unido a que se establece la condición de que no contengan cláusulas contrarias a la Ley, sugiere que no se trata de un mero depósito con publicidad formal, sino que hay una calificación registral³⁶ (con control de legalidad respecto del contenido del pacto) e inscripción con efectos de publicidad material. En otras palabras, con esto el legislador parece querer permitir que el pacto parasocial (en la empresa emergente) sea oponible frente a terceros, entre ellos la sociedad³⁷.

En segundo lugar, se ofrece un mecanismo para que el pacto parasocial también vincule a los futuros socios, este es, su exigencia como prestación accesoria (art. 11.2 LFEE). Son obligaciones que pueden establecerse en los estatutos de la sociedad para

³⁴ Sobre las distintas categorías de pactos parasociales en las empresas emergentes, *vid.* Martínez Martínez, M.^a.T., “Especialidades societarias...”, *op. cit.*, pág. 38.

³⁵ En este sentido, *vid.* Martínez Martínez, M.^a.T., “Especialidades societarias...”, *op. cit.*, pág. 38.

³⁶ Calificación registral para la que sería conveniente que se regularan los criterios a seguir por los registradores, como señala Trías Sagnier, M., “Las *start-ups*...”, *op. cit.*, pág. 9.

³⁷ En palabras de Martínez Martínez, M.^a.T., “Especialidades societarias...”, *op. cit.*, pág. 39, el hecho de que en la norma se opte por la inscripción y no por el mero depósito la dota de *un sentido fuerte, de publicidad material o con efectos jurídicos (art. 21 CCom), esto es, de oponibilidad de lo inscrito a terceros una vez publicado en el BORME.*

todos los socios, solo algunos o vincularlas a la titularidad de una o varias acciones o participaciones específicas e, incluso, se pueden prever cláusulas penales ante su incumplimiento (art. 86 LSC). De esta forma, estableciendo estatutariamente como prestación accesoria la obligación de suscribir el pacto parasocial, se logra que los nuevos socios asuman tal obligación al adquirir el estatus de socio. Para que la prestación accesoria pueda inscribirse, se debe cumplir una condición: que en la cláusula estatutaria por la que se establece se identifique el contenido del pacto, de manera que los futuros socios puedan conocerlo (art. 11.2 LFEE). Condición que se inspira en la argumentación dada en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 2018 (BOE núm. 166, de 10 de julio de 2018)³⁸.

4. Exoneración del deber de promover la disolución por pérdidas

El mayor riesgo al que se enfrenta una empresa emergente es su reducida tasa de éxito. Son numerosas las empresas de este tipo que fracasan antes de llegar a consolidarse en el mercado, por lo que también se prevé una medida en la LFEE que procura mitigar las consecuencias que puedan derivarse para la sociedad de responsabilidad limitada-empresa emergente y sus administradores en caso de que se originen pérdidas en los primeros años de vida de esta. Se trata de la inaplicación de la causa de disolución por pérdidas en los primeros tres años desde la constitución de la sociedad (art. 13 LFEE).

La acumulación de pérdidas por parte de una sociedad de capital que reduzcan el patrimonio neto de esta por debajo de la mitad de su capital social es una causa de disolución [art. 363.e) LSC]. Cuando la sociedad incurre en dicha situación debe, si no puede remediarlo (entre otras medidas reduciendo el capital social), disolverse, lo que la conduce a liquidar su patrimonio y posterior extinción. La ya de por sí grave solución que se establece para la sociedad en caso de pérdidas cualificadas también puede conllevar serias consecuencias para sus administradores. Cuando los administradores aprecien que

³⁸ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 2018: *...la obligación en que consiste la prestación accesoria está perfectamente identificada mediante su formalización en la escritura pública que se reseña, de suerte que su íntegro contenido está determinado extraestatutariamente de manera perfectamente cognoscible no solo por los socios actuales que lo han aprobado unánimemente sino por los futuros socios que, al adquirir las acciones quedan obligados por la prestación accesoria cuyo contenido es estatutariamente determinable –ex art. 1273 del Código Civil– en la forma prevista.*

concorre la causa legal de disolución, tienen el deber de promover la disolución convocando la junta general para que se acuerde o, si convocada la junta no se alcanzase el acuerdo, solicitar la disolución judicial (arts. 365.1 y 366.2 LSC). Si no atienden a su deber de promover la disolución, los administradores se convierten en responsables solidarios de las deudas de la sociedad³⁹ posteriores al acaecimiento de la causa de disolución (art. 367.1 LSC).

El art. 13 LFEE, por lo tanto, da un cierto *respiro*, en los tres primeros años de la sociedad de responsabilidad limitada-empresa emergente, a la sociedad y a sus administradores en caso de incurrir en pérdidas que puedan derivar en causa de disolución. La sociedad subsiste pese a incurrir en causa de disolución⁴⁰, por excepción legal. Ahora bien, la exoneración, con bastante sentido, no incluye la obligación de solicitar la declaración de concurso (art. 5 TRLC⁴¹) si la sociedad es insolvente (art. 2 TRLC). Si la sociedad-empresa emergente presenta un patrimonio neto inferior a la mitad del capital social y, además, es insolvente (circunstancias que pueden no coincidir) debe solicitar la declaración de concurso. La razón de exonerar de la correspondiente obligación en un supuesto y no en el otro entendemos que responde a que los mecanismos concursales y extraconcursoales presentes en el TRLC permiten solucionar la situación de crisis de la sociedad, sin necesariamente tener que conducir a la disolución y finalmente extinción de esta. Además, cuando se dan simultáneamente ambas situaciones (de insolvencia y la causa de disolución por pérdidas) prevalece el deber de solicitar la declaración de concurso⁴².

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Benítez García, R., “Principales novedades en la legislación societaria como consecuencia de la Ley crea y crece, y la futura aprobación de los proyectos de Ley de

³⁹ Se trata de una responsabilidad por deuda ajena *ex lege*, como argumenta Peinado Gracia, J.I., “La diligencia y la responsabilidad solidaria de los administradores por la no disolución de la sociedad como consecuencia de pérdidas”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 314, 2019.

⁴⁰ Colina Cárcamo, E., “Ley de Start-ups”, *Técnica Contable y Financiera*, núm. 62, 2023, pág. 4.

⁴¹ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

⁴² Márquez Lobillo, P., “Acción de responsabilidad contra los administradores sociales por no instar la disolución de una sociedad declarada en concurso”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95, 2014, págs. 357 y ss.

- startups, y de eficiencia digital del servicio público de justicia”, *Revista Lex Mercatoria*, núm. 21, 2022.
- Carrasco Perera, A., “La start-up en el tráfico mercantil”, en AA.VV. (López Cumbre, L., dir. y Revuelta García, M. coord.), *Start-ups, emprendimiento, economía social y colaborativa. Un nuevo modelo de relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- Colina Cárcamo, E., “Ley de Start-ups”, *Técnica Contable y Financiera*, núm. 62, 2023.
- Gimeno Beviá, V., “El sistema de retribución en las empresas emergentes”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 31, 2022.
- Márquez Lobillo, P., “Acción de responsabilidad contra los administradores sociales por no instar la disolución de una sociedad declarada en concurso”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95, 2014.
- Martínez Martínez, M.^a.T., “Especialidades societarias de las empresas emergentes” en AA.VV. (Almudí, J.M., Martínez Lago, M.A. y Martínez Martínez, M.^a.T., dirs.), *El derecho ante realidades disruptivas: empresas emergentes, sociedades pantalla y criptoactivos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- Monzón Carceller, N., “Aspectos mercantiles de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (Ley de Startups)”, *Diario La Ley*, núm. 10.262, 2023.
- Peinado Gracia, J.I., “La diligencia y la responsabilidad solidaria de los administradores por la no disolución de la sociedad como consecuencia de pérdidas”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 314, 2019.
- Suárez Tramón, A., “Análisis de principales novedades de la futura nueva Ley de Startups”, *Técnica Contable y Financiera*, núm. 59, 2023.
- Trías Sagnier, M., “Las *start-ups* y la regulación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 71, 2024.
- Vázquez Cueto, J.C., “Los requisitos legales de las startups desde una perspectiva jurídico-privada”, *La Ley mercantil*, núm. 110, 2024.
- Yatskiv, D., “Análisis legislativo de la «Ley Startups»: un impulso regulatorio al

ecosistema de empresas emergentes en España”, *Diario La Ley*, núm. 10.353, 2023.