

## La necesaria, incompleta y poco precisa Ley de fomento del ecosistema de empresas emergentes (start-ups)



Ya se ha aprobado la Ley de fomento del ecosistema de empresas emergentes (en adelante, **Ley Start-ups**), que forma parte del marco acordado en la *Declaration on the EU Startup Nations Standard of Excellence* y del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia aplicable en España.

La Ley Start-ups busca potenciar el ecosistema de empresas emergentes existente en España y, además, atraer al colectivo de los llamados “nómadas digitales” para facilitar sinergias con el tejido empresarial.

Esta Ley establece una nueva categoría de empresa, otorgándole una serie de ventajas fiscales y mercantiles.

Empecemos por el principio. Se define como empresa emergente (start-up) aquella que reúna una serie de requisitos (estos requisitos, que afectan a los beneficios mercantiles y fiscales que se expondrán más adelante, no están exentos de controversia por la vaguedad y poca concreción de los términos utilizados, máxime teniendo presente el criterio restrictivo que viene utilizando la Administración tributaria en su actuación).

Estos requisitos (y sus controversias y problemáticas) son, entre otros, los siguientes:

- a) Ser de nueva creación o, no siéndolo, no hayan transcurrido más de 5 años desde su constitución (este plazo se amplía a 7 en el caso de empresas de biotecnología, energía, industriales y otros sectores estratégicos o que hayan desarrollado tecnología propia, diseñada íntegramente en España).

Desde nuestro punto de vista, teniendo en cuenta la naturaleza innovadora que conlleva la actividad de cualquier empresa y el riesgo e incertidumbre que ello implica, y sobre todo este tipo de start-ups, el periodo de maduración debería ser más extenso, por lo que consideramos que es un plazo insuficiente para asentar las bases sólidas de cualquier proyecto innovador.

- b) Tenga su sede social, domicilio social o establecimiento permanente en España.
- c) El 60% de la plantilla debe tener un contrato laboral en España.

Aquí se genera, entre otras, la duda sobre el cumplimiento de este requisito cuando se trate de un caso extremadamente habitual start-ups en las que todos sus trabajadores sean socios de la sociedad con relación mercantil o asimilada.

- d) Desarrollar un proyecto de emprendimiento innovador que cuente con un modelo de negocio escalable (que será validado por ENISA).
- e) No pueden distribuir ni haber distribuido dividendos.
- f) No pueden cotizar en un mercado regulado. Si la empresa pertenece a un Grupo de empresas, para que ésta pueda ser considerada como emergente es preciso que el grupo en sí mismo, o cada una de las empresas individualmente consideradas, cumplan con los requisitos antes dichos.

En este aspecto es relevante remarcar que la Ley no establece en qué momento debe cumplirse con este requisito de pertenecer a un grupo (nótese que la Ley establece que “*Si pertenece a un grupo ...*”, sin especificar en qué momento debe pertenecer, ya sea durante “todo el período”, en cualquier día dentro de ese período, en un día concreto como sería el del devengo, etc.), de manera que esta falta de concreción a buen seguro generará la misma controversia que se ha venido generando en casos similares (como, por ejemplo, en el de las empresas de nueva creación, empresas patrimoniales, etc.).

En nuestra opinión no debería haber duda al respecto pues, cuanto menos en la Ley tributaria todo ello queda perfectamente encajado y delimitado, pero la experiencia con situaciones similares nos hace entrever la existencia de controversia.

- g) Sí podrán ser consideradas como emergentes aquellas que cumpliendo los requisitos antes dichos, hayan nacido a raíz de una escisión o fusión, siempre y cuando las empresas originarias tuvieran tal consideración.

Una vez la empresa ha sido calificada como emergente, ésta perderá tal consideración cuando, entre otros (y también con notable controversia) se cumpla:

- a) Haya transcurrido el plazo de cinco o siete años antes dicho.
- b) Sea adquirida por una empresa que no tenga tal consideración.

Valga decir aquí que la Ley no establece qué se entiende por “adquirida”, es decir, si por adquisición se entiende la toma del 100%, o queda encuadrado en ese concepto cuando se adquiriera más del 50% (y pase a ser parte del grupo de la adquirente), o incluso cuando sea una adquisición tal que permita su calificación como sociedades vinculadas (esto es, más del 25%), o cualquier otra adquisición.

Lo que sí está claro en este aspecto es que debe haber una adquisición, no bastando el control por otros medios.

- c) Pase a tener un volumen de negocio superior a diez millones de euros.

Como se ha dicho, la calificación de una empresa como emergente se efectúa por ENISA y, sorprendentemente, se instruye un régimen de “silencio positivo”, de tal manera que si en el plazo de tres meses desde la solicitud dicha entidad no se ha pronunciado al respecto, se entiende concedida tal

calificación. No está regulado qué pasa ni qué efectos tiene el hecho de que con posterioridad a dicho silencio negativo esa entidad denegase tal consideración.

Un aspecto relevante en este punto es que el artículo 5 de la Ley se otorga a la Administración tributaria la potestad de verificar (a efectos tributarios) el cumplimiento y el mantenimiento de los requisitos para ser considerada como emergente (y así gozar de dichos beneficios fiscales). A nuestro entender esta potestad abarca la revisión de todos los requisitos antes dichos salvo el de ser considerada como que desarrolla un proyecto de emprendimiento innovador con un modelo de negocio escalable, ya que dicha facultad está reservada a ENISA. Ahora bien, no es descartable que, como ya ha sucedido en otras ocasiones, la Administración tributaria pretenda revisar ese aspecto sobre la base de esa habilitación, y con ello poner en tela de juicio tal calificación (como por ejemplo en los casos de silencio positivo, pero también en los de certificación positiva por parte de ENISA). En nuestra opinión existen sólidos argumentos para considerar que tal actuación sería contraria a Derecho, pero a la vista de experiencias pasadas, no puede descartarse que este acabe siendo el criterio de la Administración tributaria.

Esta calificación como emergente se basará en una serie de “marcadores” que, a fecha de hoy, todavía están pendientes de determinar y que se efectuará a través de Orden Ministerial. Este documento finalizó su periodo de consulta pública el pasado 7 de octubre de 2022. Atendiendo a que la Ley ha sido aprobada este pasado 1 de diciembre sería deseable que la Orden estuviese lista a finales de este mes o inicios del 2023.

Así, ENISA evaluará el grado de innovación teniendo en cuenta una serie de criterios estipulados (grado de innovación, grado de atractivo, fase de vida de la empresa, equipo, competencia, clientes, etc.). Es importante detenerse en este punto, ya que tal como está redactada la Ley creemos que a buen seguro se generará una situación de inseguridad jurídica para el solicitante. Ello se debe a que la Ley establece que debe existir una gradualidad en la innovación del proyecto al disponer “*el análisis sobre el grado de innovación del proyecto (...)*”, y dado que esa misma Ley no establece criterios objetivos para determinar cuál será tal gradualidad en la innovación, ello lo convierte, en nuestra opinión, en un concepto jurídico indeterminado, excesivamente susceptible de interpretación. Valga decir, como ejemplo, que la Ley habla de un “grado de innovación”, aspecto que a nuestro entender no debería afectar a la calificación de empresa como innovadora, ya que la “innovación” no depende de grados sino de la naturaleza de la actividad llevada a cabo.

Con todo lo anterior, y definido qué es una empresa emergente, la problemática interpretativa existente y las limitaciones y vaguedades normativas existentes al respecto, a continuación se exponen los beneficios fiscales y mercantiles más relevantes que se han creado para su fomento.

## 1. Incentivos fiscales en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades.

- **Tipo Impositivo Impuesto sobre Sociedades:**

Las empresas emergentes podrán aplicar el tipo impositivo del 15%, que será de aplicación en el primer período impositivo en que genere base imponible positiva y en los tres inmediatos siguientes (es decir, una regla 1+3).

Este tipo reducido, en nuestra opinión, resulta absolutamente irrelevante y mal planteado, ya que:

- Por regla general toda empresa (y sobretodo este tipo de start-ups) tardan años en generar beneficios y cuando los generan son reducidos, no siendo hasta muy avanzado el proyecto en que empiezan a generar beneficios relevantes. Por ello, el aplicar este tipo reducido durante un período de 1+3 años, y dado que esos años serán los de menores beneficios, esta reducción del tipo impositivo resulta a todas luces insuficiente.
- Otro aspecto que podría ser objeto de mejora es el hecho que el período 1 + 3 empieza a contar desde el primer ejercicio en que genere base positiva y desde ese momento el contador cuenta sin parar. Ello implicará que si la empresa (como a buen seguro sucederá) en los siguientes años al año “1” genere bases negativas, el tipo del 15% se irá consumiendo sin haber sido aplicado.

Lo lógico hubiera sido que ese 15% hubiera sido aplicable a los 4 primeros ejercicios con base imponible positiva y que estos puedan ser, o no, consecutivos o con cualquier carencia.

A mayor abundamiento, siendo que si la condición de emergente se mantiene durante 5 años y el beneficio fiscal citado dura 4 años, y éste requiere base imponible positiva, ello quiere decir que para poder utilizar este incentivo fiscal la start-up deberá empezar a generar beneficios al segundo año, ya que si no, no podrá utilizar los 4 años que se le otorgan. Lo que a todas luces muestra la incoherencia normativa existente.

- **Aplazamiento de deudas tributarias por el Impuesto sobre Sociedades.**

Las empresas emergentes podrán solicitar un aplazamiento del pago las cuotas del Impuesto sobre Sociedades correspondientes a los dos primeros periodos impositivos en los que la base imponible del impuesto sea positiva (siempre que tengan la condición de emergentes durante ese mismo periodo).

Este aplazamiento (que será de 12 meses para el primero de los ejercicios y 6 meses para el segundo de ellos) será con dispensa de garantías y sin la generación de intereses de demora.

Nótese aquí que en este caso el legislador sí que ha previsto que esto sucederá cuando, obviamente, la empresa genere base positiva pero no ha tenido en consideración un hecho relevante y que puede motivar que esto devenga inaplicable, y este sería el caso de que la sociedad a pesar de haber generado base positiva haya generado deducciones y/o soportado retenciones, etc., que hagan que la cuota a ingresar sea 0€ con lo que el aplazamiento es inaplicable, y aún y así el período de 2 años empieza a contar desde ese ejercicio de generación de base positiva. Consideramos que este aspecto debería haber sido previsto con mayor cautela y precisión.

Pero como mínimo se observa una cierta lógica (aunque con la problemática antes apuntada) al prever que será para los dos primeros ejercicios con bases positivas, que no tienen que ser consecutivos sino que pueden ser alternos o con cualquier carencia. Y siguiendo este criterio de lógica ¿no debería haber realizado lo mismo con el tipo impositivo reducido del 15% antes dicho para adaptarlo a las bases positivas y no meramente al transcurso del tiempo?

- **Exoneración de la obligación de efectuar pagos fraccionados**

Las empresas emergentes no tendrán la obligación de efectuar pagos fraccionados del Impuesto sobre Sociedades durante los ejercicios posteriores a los dichos antes en relación al aplazamiento.

Es decir, será un plazo “indeterminado” que coincidirá con el de susceptibilidad de aplazamiento sin garantías dicho en el apartado anterior.

Como puede comprobarse de lo anterior, se produce un cierto caos de plazos que a buen seguro perjudicará a la operativa y gestión de las empresas emergentes, ya que por un lado (i) se consideran emergentes durante 5 o 7 años, por otro (ii) tributan al 15% durante un plazo de 1+3 a contar del primero que generen base positiva y se computan de forma consecutiva, por otro (iii) podrán solicitar aplazamiento durante 2 años que serán los primeros que generen base positiva que no tienen por qué ser consecutivos y (iv) podrán no efectuar pagos fraccionados durante esos mismos 2 años que los de susceptibilidad de aplazamiento, pero serán los ejercicios posteriores a los mismos.

Consideramos que todo ello puede llevar a una situación verdaderamente caótica, máxime teniendo en cuenta que se trata de empresas de nueva creación, que deben dedicarse al desarrollo de sus proyectos y no al control de determinados plazos tributarios (totalmente inconexos entre sí) y a pesar que todos estamos obligados a dar el debido cumplimiento a la normativa cuando ésta es tan incoherente y con plazo tan inconsistentes, no cabe duda que estas empresas tendrán problemas para su buena gestión tributaria.

## 2. Incentivos fiscales en el ámbito de personas físicas.

Estos incentivos van enfocados a facilitar a las empresas la adecuación de la política retributiva (mediante entrega de acciones o participaciones o de stock options) así como a la atracción del talento extranjero (donde se mejora el régimen de desplazados a España). Hay que tener en cuenta que las empresas emergentes tienen dificultades para atraer y retener a colaboradores con perfiles especializados (los cuales son escasos).

Los aspectos más relevantes que se han introducido son los siguientes:

- **Entrega de acciones o participaciones**

Con la finalidad de atraer talento y dotar de una política retributiva adecuada a la situación y necesidades de este tipo de empresas, y tal y como es habitual en este tipo de compañías, se mejora la entrega de acciones o participaciones a los empleados de empresas emergentes.

Así, se eleva la exención de la entrega de las acciones o participaciones pasando de 12.000 a 50.000 € anuales.

A este respecto, para la entrega de acciones o participaciones a los trabajadores, no se exige que la oferta sea para todos los trabajadores (como aplica en el resto de compañías) sino que será suficiente si la entrega de acciones se encuentra dentro de la política retributiva general de la empresa.

En el caso de *stock options*, éstas también entran dentro de este incentivo con la peculiaridad de que la consideración de empresa emergente se realizará en el momento de su concesión, con lo

que a priori parece que si las *stock options* fueron concedidas cuando la empresa tenía la consideración de emergente, la posterior consolidación y el ejercicio de las *stock options* se beneficiará de dicho régimen tributario a pesar que en ese momento la empresa ya no tenga la consideración de emergente. Ello puede llevar a plantear la aplicación de este tipo de retribución por el incremento temporal que le permite aplicar la norma

Para la parte del rendimiento del trabajo en especie derivado de estas entregas de acciones o participaciones que exceda de la cuantía exenta se establece una regla de mejora de la imputación temporal. Así, como novedad (y a diferencia del régimen aplicable al resto de sociedades) la renta se imputará no con la entrega de las acciones o participaciones o con el ejercicio de las *stock options*, sino que se efectuará en el periodo impositivo en que estas se hagan líquidas (es decir, coticen en Bolsa o se produzca su transmisión). Este punto, de innegable utilidad, evita que el profesional tenga que asumir un coste tributario sin entrada de caja.

En todo caso, si ha transcurrido el periodo de 10 años a contar desde la entrega de las acciones y estas no han devenido líquidas, deberán imputarse en ese ejercicio.

Por último, a los efectos de determinar el valor de la retribución en especie debe decirse que:

- este será el valor de mercado de las acciones o participaciones entregadas, entendiéndose por este el valor por el que un tercero independiente las suscriba en la última ampliación de capital (i.e. ampliación de capital individual, ronda de financiación, etc.) realizada en el año anterior al que se entreguen las acciones.
- Y en caso de no producirse dicha ampliación de capital estas acciones o participaciones se valorarán por su valor de mercado en el momento de la entrega.

Dicho sea de paso, si se tiene que aplicar “el valor de mercado” volvemos a estar ante un escenario altamente controvertido. Ello se debe a que estas start-ups no tienen un verdadero valor de mercado, ya que no cotizan en ningún mercado organizado, y, además, su Patrimonio Neto normalmente no refleja en modo alguno su verdadero valor (que puede llegar a ser de múltiplos elevados respecto a su Patrimonio Neto, pero que este valor normalmente responde a meras expectativas de éxito y no a un verdadero valor de mercado consolidado).

Consideramos que esta hubiera sido una buena oportunidad para establecer un sistema sencillo y realista que evite controversias ante la inspección de tributos y ante los tribunales.

- **Deducción por inversión en empresa de nueva o reciente creación**

Otro de los beneficios fiscales incluidos se dirige a las personas físicas que inviertan en empresas emergentes.

En este caso, se mejora la deducción por inversión en empresas de nueva o reciente creación (entre las que se incluye las empresas emergentes). Así, los contribuyentes pueden deducirse un 50% (con la anterior regulación aplicaba el 30%) de las cantidades satisfechas en el periodo de que se trate por la suscripción de acciones o participaciones en empresas de nueva creación.

La base máxima de deducción pasa de ser 60.000€ a ser de 100.000€.



Existen una serie de requisitos para aplicar este incentivo, que son:

- Para aplicar este incentivo, la sociedad no podrá tener unos fondos propios superiores a 400.000 €. Consideramos que esta cantidad es irrisoria teniendo en cuenta que hay muchas empresas emergentes que requieren de grandes inversiones para madurar sus proyectos.
  - Las acciones deberán adquirirse en un plazo como máximo de cinco años desde la constitución de la sociedad (ampliándose el anterior plazo de tres años) y permanecer entre tres a 12 años en el patrimonio.
  - La participación (directa o indirecta) de quien efectúe la aportación no podrá ser superior al 40% del capital de la sociedad (dicho requisito no aplica a los socios fundadores).
- **Régimen especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español**

De forma un tanto forzada, se ha aprovechado también para modificar (mejorar) el régimen tributario para atraer talento extranjero mediante la modificación del régimen especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español (en adelante, **régimen de impatriados**).

Esta modificación, ha consistido en reducir el período en que el trabajador debe haber sido “no residente” en España previamente a su traslado aquí, pasando a 5 años en lugar de los 10 previos.

Este régimen de impatriados se aplicará también a los trabajadores que presten la actividad laboral por cuenta ajena a distancia, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación (teletrabajadores). Esta situación se cumplirá cuando el trabajador cuente con el visado para teletrabajo de carácter internacional.

Del mismo modo, se amplía la posibilidad de optar por dicho régimen a los administradores de empresas emergentes con independencia de la participación que estos ostenten en la sociedad.

Estas modificaciones y ampliaciones parecen haber sido incluidas para “repatriar” a aquellos trabajadores y nómadas digitales que hubieran modificado su residencia en los últimos años, de manera que se les incentiva a su regreso

### 3. Incentivos mercantiles

Los incentivos mercantiles están alineados con los objetivos enunciados para los incentivos fiscales.

En primer lugar, se elimina el requisito de obtención de un Número de Identificación de Extranjero para que inversores extranjeros no residentes inviertan en España. Será suficiente con la obtención de un Número de Identificación Fiscal y acreditar la realidad de la inversión en los seis meses siguientes. Además, se impone a la Administración la obligación de otorgar el NIF solicitado en un plazo máximo de diez días.

En segundo lugar, el Proyecto de Ley modifica los requisitos para la adquisición de acciones en autocartera por parte de las sociedades limitadas que obtengan la condición de “empresa emergente”. Pasan de únicamente poder hacerlo de forma derivativa y en escenarios muy tasados, estando prohibida la adquisición originaria, a poder adquirir hasta un 20% de su capital social, siempre que este se encuentre íntegramente desembolsado. Estas acciones deberán destinarse únicamente al

cumplimiento del plan de retribución de los administradores, empleados u otros colaboradores de la empresa, debiendo haberse previsto este sistema de retribución en los estatutos de la sociedad.

Desde la obtención de la autorización de la junta general de la sociedad hasta la efectiva adquisición no podrán transcurrir más de cinco años.

En tercer lugar, el Proyecto de Ley excluye a las sociedades que obtengan la condición de “empresa emergente” de la obligación de disolver la sociedad por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social (art. 363.1.e) LSC) durante los tres primeros años desde su acreditación como “empresa emergente”. No obstante lo anterior, si en la “empresa emergente” concurren, de forma simultánea, la causa patrimonial de disolución por pérdidas y los requisitos para declarar el concurso, la sociedad deberá atender a sus obligaciones de liquidación y disolución.

En cuarto lugar, se modifican también requisitos para la constitución de empresas emergentes:

- (i) Se habilita un *fast-track* para la constitución de sociedades que se certifiquen como “empresas emergentes”.

En tanto uno de los requisitos para la obtención de la condición de “empresa emergente” es su inscripción en el Registro Mercantil, se plantea el escenario de si el pacto de socios será suficiente para acreditar la voluntad de certificar como “emergente” la sociedad que se está constituyendo.

Así, si el/los emprendedor/es utilizan “estatutos tipo”<sup>1</sup> el registrador mercantil deberá calificar e inscribir la escritura de constitución dentro de las seis horas que sigan a su recepción telemática.

Si no se utilizan “estatutos tipo” la calificación e inscripción deberá llevarse a cabo en el plazo de cinco días hábiles desde la fecha del asiento de presentación de la escritura de constitución.

- (ii) Se reducen los aranceles notariales y registrales a 40.-€ y 60.-€ respectivamente para aquellos emprendedores que utilicen “estatutos tipo”, utilicen el sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas<sup>2</sup> para presentar la documentación necesario y estén constituyendo una sociedad con un capital social inferior a 3.000.-€.

Además de modificar la normativa societaria el Proyecto de Ley también asigna al Registro Mercantil la responsabilidad de habilitar un procedimiento de consulta sobre las empresas emergentes inscritas, tasando la información mínima que deberá proporcionarse de estas: fecha de su constitución, fecha de

---

<sup>1</sup> Se prevé que el Gobierno apruebe por Real Decreto, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la **Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes** diferentes modelos de estatutos tipo para su incorporación a las escrituras públicas de constitución.

<sup>2</sup> CIRCE es un sistema de información que mediante el uso del certificado electrónico permite realizar, de forma telemática, los trámites de constitución y puesta en marcha de sociedades limitadas, sociedades limitadas en formación sucesiva, sociedades de nueva empresa y autónomos. El/los emprendedor/es únicamente deberá cumplimentar el Documento Único Electrónico, estando automatizadas las comunicaciones posteriores. Puede realizar el trámite [aquí](#).



su inscripción, NIF, nombre o razón social, representante legal, domicilio social y condición de empresa emergente.