

Alerta Mercantil

Enero de 2023

Comentarios a la Ley 28/2022, de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes conocida como *Ley de Startups*. (I)



El pasado 22 de diciembre de 2022 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE), la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, ampliamente conocida como “Ley de Startups”.

I. INTRODUCCIÓN.

El BOE de 22 de diciembre de 2022 publicó la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes cuya entrada en vigor se produjo el pasado 23 de diciembre de 2022 a excepción de ciertas novedades fiscales y administrativas que entraron en vigor posteriormente, en concreto el pasado 1 de enero de 2023.

Tras un arduo recorrido parlamentario (casi año y medio), el Pleno del Congreso celebrado en fecha de 1 de diciembre de 2022 aprobó la Ley de Fomento del Ecosistema de Empresas Emergentes, más conocida como *Ley de Startups*. Esta norma es la primera orientada de manera específica a la creación de un ecosistema emprendedor innovador en Europa.

Esta norma, impulsada por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, a través de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, supone otro hito legislativo dentro del marco del emprendimiento y la innovación en España, a la que acompañan otras disposiciones normativas como la **Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas** (“*Ley Crea y Crece*”) y la afamada **Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal**, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) [“*Ley Concursal*”].

La Exposición de Motivos del Texto Definitivo tras la inclusión de las enmiendas parlamentarias propuestas (más de 80), relaciona la necesidad de esta Ley con las características particulares que presentan las empresas emergentes de carácter tecnológico y su difícil encaje con el marco jurídico tradicional que opera sobre estas entidades.

Se hace especial hincapié sobre la necesidad de aportar una cobertura jurídica dinámica a este tipo de entidades, así como la relevancia que tiene la agilización de los trámites administrativos para llevar a cabo todos y cada uno de los actos que comprenden los primeros pasos de las empresas emergentes.

La Ley fomenta la colaboración público-privado en relación al emprendimiento tecnológico, ofreciendo estímulos tanto a Administraciones como a empresas emergentes para proyectar actividades en búsqueda de sinergias.

Junto con los anterior, la norma se ve tremendamente influenciada por la capacidad de atracción de inversiones y talento que los beneficios fiscales tienen sobre emprendedores, trabajadores e inversores, tanto nacionales como extranjeros.

Por lo tanto, la norma se fundamenta en tres pilares principales descritos en la Exposición de Motivos y que motivan el ser de la norma: “(i) *beneficios fiscales para los emprendedores, trabajadores e inversores* (ii) *reducción de trabas administrativas y facilitación de visados* y (iii) *flexibilidad en la gestión de la empresa y en la aplicación de los principios mercantiles y concursales.*”

II. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY

La recién llegada Ley de Startups supone un paso adelante en el ecosistema emprendedor de nuestro país. Por primera vez se ofrece una descripción del concepto "Empresa Emergente". Además, se normativizan antiguas lagunas que afectan de primera mano a los agentes del sector (el desarrollo de una normativa específica en la materia, el desarrollo de beneficios fiscales para Startups e inversores, la eliminación de ciertas trabas administrativas, medidas encaminadas para la atracción de talento...).

Sin considerarse normativa específica, desde la entrada en vigor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización el marco legislativo emprendedor no había sufrido variación alguna, lo cual hace que el sector agradezca el desarrollo de medidas encaminadas que versen específicamente a los agentes intervinientes en el sector emprendedor.

Sin embargo, a nuestro juicio, la misma es insuficiente y que el legislador se ha quedado a medias en cuanto a los incentivos y beneficios que la Ley desarrolla.

De esta manera, y entrando en el contenido de la Ley, adelantamos algunas de las principales novedades que la misma ofrece:

- a) Se ofrece una definición específica de las empresas emergentes o *Startups*, como mecanismo para establecer el ámbito de aplicación de la presente Ley. Se estipulan unos requisitos específicos para ostentar tal condición.
- b) Se asigna a la Empresa Nacional de Innovación SME, S.A. (ENISA) como entidad acreditante de otorgar la condición de empresa emergente según esta Ley.
- c) Las aplicaciones de los beneficios que ofrece la norma serán aplicables a una segunda o tercera empresa constituida por los mismos socios, pues, como expresa la Exposición de Motivos "*debe darse otra oportunidad a quien, pese al fracaso, pero con la experiencia adquirida, quiera intentarlo de nuevo*".
- d) Desarrollo de un paquete de medidas fiscales sobre diferentes instrumentos impositivos para incentivar el desarrollo y atracción de empresas emergentes, en especial:
 - ✓ Reducción del Impuesto sobre Sociedades.
 - ✓ Mejora de la fiscalidad de fórmulas retributivas basadas en la entrega de acciones o participaciones a empleados clave. Medida ésta acompañada por la posibilidad de emisión de participaciones en autocartera.
 - ✓ Incremento de la deducción por inversión en empresa de nueva o reciente creación.
 - ✓ Mejora al acceso del régimen especial aplicable a las personas trabajadoras desplazadas a territorio español con el objetivo de atraer el talento extranjero.
- e) Reducción de requisitos burocráticos para inversores que no vayan a residir en España.
- f) Simplificación de apoderamientos de representantes para su actuación en territorio nacional.
- g) Incorporación de un conjunto de medidas migratorias para facilitar la entrada de talento e inversión extranjera.
- h) Regulación del nomadismo digital.

- i) Se prevé la reducción de aspectos formales y societarios para la creación de empresas emergentes.
- j) Se excluye durante el periodo de 3 años desde su constitución de las exigencias relativas al equilibrio patrimonial a los efectos de causas de disolución.
- k) Fomento de la colaboración público-privada y el establecimiento de entornos seguros de prueba para la actividad de las *Startups* en sectores regulados.
- l) Simplificar y promocionar sistemas de Compra Pública Innovadora.
- m) Se fomenta la creación de *spin offs*.

Junto con lo expuesto, acompañan al texto normativo otras disposiciones entre las que figuran deberes de la Administración de divulgar, publicitar y promocionar a través de los diferentes portales web información actualizada relativa al impacto de esta norma en relación con el ecosistema emprendedor.

III. OBJETO Y AMBITO DE APLICACION

Una vez expuestas las novedades incorporadas por el nuevo texto normativo, es preciso delimitar su objeto y ámbito de aplicación, en orden a determinar las empresas que pudieran beneficiarse del nuevo régimen de aplicación y las novedades que se incorporan.

- o El **objeto** de la Ley comprende el establecimiento de un marco normativo que fomente la creación y el crecimiento de empresas emergentes.
- o Sus **objetivos**, en síntesis, comprenden un conglomerado de actuaciones dirigidas al fomento del ecosistema emprendedor de España, entre otros:
 - Fomentar la creación y el crecimiento de las empresas emergentes.
 - Atraer talento y capital internacional.
 - Estimular la inversión pública y privada.
 - Incrementar la transferencia de conocimiento entre la Universidad y los organismos públicos de investigación.
 - Impulsar la compra pública innovadora.
 - Garantizar la eficacia del sistema estatal de ayudas al emprendimiento.
- o La norma desarrolla en su **ámbito de aplicación** una descripción de lo que ha de entenderse, a efectos de esta Ley, como **Empresa Emergente**. En concreto, relaciona una serie de características que han de cumplirse simultáneamente para adquirir tal condición, entre ellas:
 - ✓ Ser de nueva creación o que no hayan transcurrido más de 5 años desde su inscripción en el Registro Mercantil o de Cooperativas (7 años en el caso de las empresas de biotecnología, energía, o industriales y de aquellas que se determinen como pertenecientes a sectores estratégicos o que hayan desarrollado tecnología propia diseñada íntegramente en España).
 - ✓ No haber surgido de una operación de modificación estructural de empresas que no tengan la consideración de modificaciones estructurales.
 - ✓ Que tenga el domicilio, sede social o el establecimiento permanente en España.
 - ✓ Que el 60% de la plantilla tenga contrato laboral en España.
 - ✓ Desarrolle un proyecto de carácter innovador que cuente con un modelo de negocio escalable.

- ✓ No haber distribuir ni haber distribuido beneficios.
- ✓ No cotizar en un mercado regulado.
- ✓ Si al pertenecer a un grupo de empresas (*vid. art. 42 CCom.*), el grupo o las empresas que lo componen reúnen las características desarrolladas.

Adiciona el artículo que ostentará la condición de empresa emergente incluso cuando alguno de sus socios haya disfrutado de estos privilegios mediante una primera o segunda empresa emergente. De esta manera se acondiciona a otras normativas la regulación del fracaso empresarial, ofreciendo nuevas oportunidades a aquellos que arriesgan.

Asimismo, no podrán acogerse a los beneficios de la Ley aquellas entidades que incumplan sus obligaciones de estar al corriente con los compromisos asumidos con la AEAT y la Seguridad Social, así como hayan sido condenadas por sentencia firme por un delito de administración desleal, insolvencia punible, delitos societarios, delitos de blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social, delitos de prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales o delitos urbanísticos, así como a aquellas condenadas a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

Igualmente, no podrán acogerse a dichos beneficios quienes hayan perdido la posibilidad de contratar con la Administración.

- o Para disfrutar de los privilegios que ofrece la Ley, las entidades habrán de obtener certificación del emprendimiento innovador y de la escalabilidad del modelo de negocio.

Expedido por ENISA (Empresa Nacional de Innovación, SME, SA) tras un proceso de evaluación bajo la siguiente premisa: *“Se considerará que una empresa emergente es innovadora cuando su finalidad sea resolver un problema o mejorar una situación existente mediante el desarrollo de productos, servicios o procesos nuevos o mejorados sustancialmente en comparación con el estado de la técnica y que lleve implícito un riesgo de fracaso tecnológico o industrial o en el propio modelo de negocio”*.

El proceso de evaluación de ENISA comprende el análisis de diversos aspectos basado en una relación de criterios que la Ley ofrece, en el que se entremezclan algunos de carácter objetivo (grado de innovación, competencia, equipo, dependencia de terceros y clientes) y subjetivo (grado de atractivo en el mercado, fase de vida de la empresa y modelo de negocio).

Se trata de una primera traba administrativa mediante la que filtrar una aplicación masiva de los beneficios que esta Ley ofrece.

Así, dada la previsible ingente demanda de certificaciones, la Ley resuelve un posible atasco mediante la concesión de la certificación mediante silencio positivo si, transcurridos tres meses desde la presentación de la solicitud, ésta no ha sido resuelta.

A fecha de hoy, aún no se encuentra habilitado el procedimiento de acreditación en el portal web de ENISA. El registro que actualmente está abierto es para recibir el aviso cuando el procedimiento de acreditación esté operativo.

- o El artículo 6 de la norma extrae los supuestos de fin de aplicación de los beneficios de la Ley, que *grosso modo* comprende el incumplimiento de los requerimientos para adquirir la condición de empresa emergente estipulados en el artículo 3 de la norma.

Sin embargo, se adicionan otros supuestos como son:

- ✓ La extinción de la sociedad antes de los 5 (o 7) años,
- ✓ Que la empresa sea adquirida por otra que no tenga la condición de empresa emergente,
- ✓ Se supere el umbral de 10 millones de euros de volumen de negocio anual.
- ✓ Que la empresa genere una actividad cuya repercusión vierta un daño significativo sobre el medio ambiente, conforme a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088.
- ✓ Que socios titulares (directa o indirectamente) de una participación de al menos un 5% del capital o los administradores de la empresa emergente hayan sido condenados por sentencia firme por los tipos delictivos incluidos en el artículo 3.3.

Esperando que el contenido de la presente alerta mercantil sea de su interés, quedamos a su disposición para comentar o aclarar el contenido expuesto; para mayor información no dude en ponerse en contacto con nosotros.

Un cordial saludo.



Ernesto Pérez-Solano Rodríguez
Socio de SdP Estudio Legal



Cristina Jiménez Apalategui
Socia de SdP Estudio Legal



Víctor García Suarez
Abogado SdP Estudio Legal



Plaza Nueva 8B, 3ª Planta 41001 - Sevilla
Tlf: 954 53 13 77