

Una reforma virtual del entorno de la empresa

Benito Arruñada
Universidad Pompeu Fabra

Las reformas propuestas en el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible para mejorar el marco de relaciones de la empresa con las administraciones públicas requieren cambios radicales para ser efectivas. La supresión de las licencias de apertura es un mero enunciado teórico que queda desvirtuado en la práctica por la generalidad de las excepciones. Y otras propuestas necesitan un replanteamiento igual de profundo: las relativas a constituciones societarias son tímidas, costosas y en gran medida inútiles; las que afectan a Catastro y Patentes consagran la ineptitud de ambos organismos; y las relacionadas con morosidad privada y responsabilidad “social” son perjudiciales. En general, la retórica de simplificación administrativa de estas partes del Anteproyecto se contradice con su ineffectividad y con el reglamentismo que inspira muchos de sus preceptos.

Se mantiene de hecho la licencia previa

La apertura de nuevas empresas e instalaciones requiere en España más trámites y más tiempo que en los países de nuestro entorno. En los últimos años, varias reformas han intentado mejorar la situación acelerando los trámites en la parte más fácil del problema: la constitución de sociedades mercantiles.

Estas reformas fracasaron porque se optó por comprimir trámites en vez de suprimirlos, y porque la constitución societaria no es el problema principal, como demuestra el que las sociedades preconstituidas o “llave en mano” tengan en España un precio sin impuestos similar al de otros países (Cuadro 1). Al tratarse de precios de mercado, estas cifras ofrecen dos ventajas principales sobre las estimaciones al uso: además de evitar sus muchos errores, incorporan los costes implícitos asociados a los tiempos de espera de los trámites jurídicos. A la vista de esos números, está claro que el problema no reside en estos trámites.

Por ello, es en principio encomiable que el artículo 45 del Anteproyecto (o más bien las normas que éste se limita a retocar pocas semanas después de haber sido promulgadas) pretenda atacar lo que sí constituye una dificultad seria para las nuevas empresas: las barreras a la entrada que origina el discrecional régimen de autorizaciones y licencias de apertura, causa primordial, además, de numerosos episodios de corrupción. Desgraciadamente, es sólo una pretensión, pues los principios liberalizadores de dichas normas quedan desvirtuados en la práctica por las amplias excepciones que contemplan (por ejemplo, la “razón imperiosa de interés general” del artículo 3.11 de la Ley 17/2009), la captura de los gobernantes autonómicos por los intereses locales y la previsible ineficacia de los mecanismos dispuestos para responsabilizarles por incumplir la legalidad. (Es éste el caso de la compensación autonómica de sanciones comunitarias en caso de responsabilidad por incumplimiento que establece la D.F. 4.^a de dicha Ley: dado lo elástico de nuestro sistema de financiación autonómica, es probable que las comunidades que cumplan la Directiva acaben compartiendo el coste de las previsibles sanciones comunitarias).

No sólo subsistirá el régimen de licencia previa en las actividades excepcionadas, por lo que es probable que asistamos a un abuso creciente de las reglas de medio ambiente, patrimonio histórico-artístico, seguridad y salud públicas, sino que subsistirán también en las actividades de servicios, dada la peculiar trasposición delegada de la Directiva de servicios por la reciente Ley 17/2009. Además, tampoco se ataca la necesidad de obtener licencias de varias administraciones, incluso para una empresa ya autorizada en el territorio nacional pero que cuente con establecimientos múltiples. Por todo ello, harían falta cambios de mucho calado en estas normas.

Con todo, aunque la consecuencia práctica de estas reformas va a ser nula, sustituir el régimen de licencias a priori por otro de control a posteriori, al igual que ampliar el ámbito del silencio positivo, son medidas que van al menos en la dirección correcta. Aunque no nos movamos, incluso aunque de momento consoliden las cadenas que nos sujetan, estas medidas al menos pretenden mirar en la dirección correcta.

Cuadro 1. Precio de venta de sociedades mercantiles preconstituidas y sin actividad previa en diversos países europeos (€)

País	Tipo Societario	Rango de precios		Impuestos ligados a la constitución	Capital social mínimo	Fuentes
		Máximo	Mínimo			
Alemania	GMBH	4.093	1.500	0	25.000	http://tinyurl.com/yb6gzb ; http://tinyurl.com/yeeu57a
España	SL	2.698	1.032	30	3006	http://tinyurl.com/y8m6b9w
Francia	SARL	2.371	1.180	9	1	http://tinyurl.com/yb96vc ; http://tinyurl.com/yeb2m6v
Italia	SRL	3.807*	3.792	713	10.000	http://tinyurl.com/yb96vc ; http://tinyurl.com/yisbmk
Países Bajos	BV	7.550	5.313	0	18.000	http://tinyurl.com/yevhab8 ; http://tinyurl.com/yeb2m6v
Portugal	LDA	3.934*	3.335*	20	5.000	http://tinyurl.com/yisbmk ; http://tinyurl.com/yalepew
Reino Unido	PLC	2.171	144	0	1,4	http://tinyurl.com/4hr6vy ; http://tinyurl.com/ybahafn

Notas: para facilitar la comparación en términos de eficacia institucional, los precios no incluyen: (1) el capital mínimo aportado, que difiere en cada país y no es propiamente un coste, pues pasa a integrar el activo societario; y (2) los impuestos ligados a la constitución (en nuestro caso, el ligado a actos jurídicos documentados), que, aun siendo costes, no son atribuibles a las instituciones jurídicas sino a la Hacienda Pública. Las páginas en Internet, cuyas direcciones abreviadas presenta la última columna, fueron visitadas el 30 de enero de 2010.* Los datos se refieren a sociedades aún no constituidas. Para los demás países, se toman sociedades recientemente constituidas, sin la prima que los operadores suelen cargar por antigüedad. Agradezco a Carlos Andrew Manzanares la ayuda en la elaboración de este Cuadro.

Se comprimen trámites inútiles, en vez de suprimirlos

No sucede así, en cambio, con la parte del Anteproyecto relativa a la constitución de sociedades. En ésta, se reincide en el error de comprimir y abaratar falsamente los trámites, sin atacar la principal causa de que sean innecesariamente costosos y lentos, y de que se haya retrasado la adopción de nuevas tecnologías: el mantenimiento de la intervención notarial obligatoria, que no existe siquiera en otros países con notariados potentes, como Francia o Portugal. Como consecuencia, pese a que todos los demás trámites se podrán efectuar por vía electrónica, se mantiene la firma presencial de los documentos fundacionales, trámite que podría suprimirse — mejorando de paso las garantías jurídicas — mediante la firma y “notarización” electrónica a distancia. La reforma extiende así además el monopolio notarial a la gestión telemática de ciertos documentos inscribibles en el Registro Mercantil, extensión que incluso ha sido ya cuestionada por la Comisión Nacional de la Competencia.

Otros logros potenciales también se malogran por la insuficiencia de los cambios propuestos. En primer lugar, se mantiene el impuesto de actos jurídicos documentados sobre los actos societarios, impuesto que ya no existe en muchos países de nuestro entorno. Es más, se sigue condicionando la constitución al pago previo del impuesto, en vez de someterlo al control posterior de Hacienda. Parece que incluso se mantiene un trámite de comunicación para las constituciones telemáticas de capital inferior a 30.000 euros, a las que sí se las libera de pagar el impuesto.

De modo similar, se exige a las sociedades de pagar tasas por publicar sus actos en el BORME, de lo que habrá de encargarse el Registro Mercantil, cuando lo que no tiene hoy ningún sentido es mantener dicha publicación, ni siquiera en formato electrónico.

En esta misma línea de simplificación incompleta, se permite que las sociedades cumplan la obligación de publicar ciertos actos sociales (cambio de denominación y domicilio, sustitución o modificación del objeto social, reducción del capital y, sólo para limitadas, convocatoria de juntas) mediante su página web. Sin embargo, siguen obligadas a anunciar en “periódicos de gran circulación” la mayoría de sus actos, incluyendo la convocatoria de juntas de las anónimas y la emisión de valores, en beneficio únicamente de los editores de periódicos impresos en papel. Es curioso que semejante norma sobreviva en esta época de preocupación ambiental ¿Cuántos árboles habrá que talar para imprimir esos anuncios que nadie lee? Todo ello podría sustituirse con ventaja por una publicación online que, además de facilitar el acceso a la información, aseguraría la fehaciencia de lo publicado.

En resumen, el Anteproyecto intenta comprimir todos los trámites y exonera de algunos de ellos a las pequeñas sociedades, cuando lo sensato es suprimir con carácter general los trámites innecesarios. Su mantenimiento no sólo exige gastar recursos para acelerar trámites inútiles sino que complica y encarece todo el proceso, dificultando además su automatización.

Se dirá en defensa del Anteproyecto que éste reduce los tiempos y los precios que pagan los usuarios. Pero estos ahorros son falaces, pues, al mantener y comprimir trámites, impide que se puedan reducir los costes, que en realidad tan sólo se distorsionan y trasladan.

Por un lado, no hay razones para dar mayor urgencia y a menor precio a las sociedades más pequeñas. Antes, al contrario, su propia conducta demuestra que en promedio son las que menos valoran la urgencia. Sucesivos gobiernos han dilapidado una fortuna para acelerar la constitución de unas pocas “Sociedades Limitadas Nueva Empresa” (SLNE). Pues bien, muchos de sus promotores aplazan la firma de las escrituras solo para ahorrarse medio mes en las cuotas de la Seguridad Social del único administrador que suelen dar de alta, señal clara de que la rapidez en constituir la sociedad tiene para ellos escaso valor. Y, además, el tratamiento de urgencia genera costes fijos con el tamaño. Por ambos motivos, valor y coste, sería en su caso socialmente preferible acelerar la constitución de las grandes sociedades. Obviamente, sería aun mejor disponer, como hacen los países con sistemas modernos, que, sea cual sea el tamaño de la sociedad, la tramitación urgente sea voluntaria y comporte un recargo, acorde con su mayor coste, como sucede con la tramitación de las solicitudes de patentes. Además, en ningún caso procede establecer el plazo de inscripción “en el mismo día”, pues es imposible para presentaciones de última hora: debe por tanto sustituirse por “en X horas”.

Por otro lado, el Anteproyecto reduce los precios a los usuarios, pero no los costes. En concreto, reduce los precios del Registro Mercantil a la vez que le obliga a invertir y actuar más rápido. Se limita pues a trasladar costes al proveedor; e, indirectamente, a otros usuarios, a menos que se acepte poner en peligro la viabilidad y eficacia del Registro. Por ejemplo, es de esperar que, al dar prioridad a las constituciones, se retrase la tramitación de otros actos sociales más importantes, los cuales entrañan a menudo mayor urgencia, como son los nombramientos de apoderados y administradores. El asunto es grave, pues, si para solventar una constitución urgente siempre se puede adquirir una sociedad de las que mantienen en cartera los despachos de abogados, no cabe una solución de ese tipo para casos como los que acabo de indicar.

Se premia la ineficacia de OEPM y Catastro

Este tratamiento del Registro Mercantil, en plan “invierta más, despache antes, cobre menos”, contrasta con el que depara el Anteproyecto a otros dos registros económicos: la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), que emplea entre 32 y 42 meses en examinar una solicitud de patente; y el Catastro, que tarda de uno a tres años en dar de alta una finca, y cuya inexactitud ha llevado a los municipios a desarrollar sus propios servicios para asuntos de urbanismo, e incluso a la propia Administración a desarrollar el Sistema de Información Geográfica dedicado al control de las ayudas agrícolas de la Política Agraria Común, SIGPAC.

Considerando su lentitud e ineficacia, sorprende que el Anteproyecto sea tan benigno con ellos. Respecto a la OEPM, la insta a que se reorganice (artículos 66.2 y 68.2), la obliga a proponer un plan de mejora al Ministerio de Industria del que depende (68.1) y a que proponga plazos máximos de tramitación (68.3), y también prevé que el propio Ministerio le reduzca las tasas (67; D.F. 24.^a). Sorprende averiguar que estas tareas no forman parte de la gestión cotidiana de este Ministerio.

Con todo, respecto a la OEPM, puede uno al menos interpretar que el Anteproyecto transpira cierto descontento. No sucede así con el Catastro, pues la prolija D.F. 20.^a premia su ineptitud convirtiéndole en proveedor único del Registro de la Propiedad.

Sucede que el Catastro, como consecuencia de la descentralización administrativa a las Comunidades Autónomas, casi carece ya de funciones. El Anteproyecto intenta garantizárselas obligando al Registro a usar los servicios catastrales para complementar de forma gráfica la identificación física de las fincas. Sin embargo, dicha identificación y su complemento gráfico conviene hacerlos por medios diversos, eligiendo el más adecuado en función del valor de la finca y, en general, del grado de precisión que sea necesario en la transacción correspondiente. Por ello, determinar por ley que los usuarios empleen una sola técnica es un dislate, que se agrava en este caso por la pretensión de que el servicio lo preste un solo proveedor. Máxime teniendo en cuenta la baja productividad, lentitud e ineficacia de nuestro Catastro: en cuanto existiese discrepancia entre la descripción catastral y la realidad inmobiliaria, se paralizarían las transacciones, lo que haría la reforma inaplicable en la práctica. De lo contrario, condenaríamos al tráfico inmobiliario a moverse al paso del Catastro, lo que resulta difícil de imaginar. ¿Qué banco aceptaría financiar una compra si la inscripción de la hipoteca se pospusiese hasta que resolviera el Catastro?

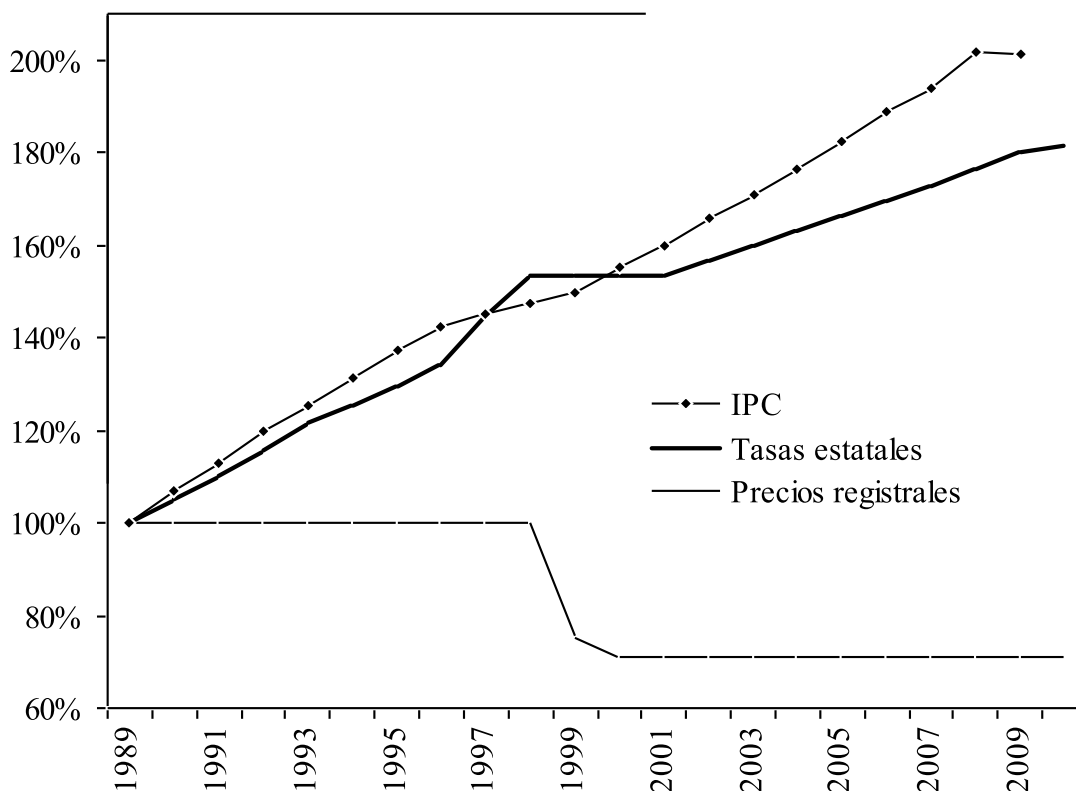
En general, y a menos que puedan verse dañados los intereses de terceros, conviene favorecer la competencia entre servicios públicos. La mencionada D.F. 20.^a viene a eliminarla, favoreciendo además que sobreviva una organización ineficaz y en buena medida suprimible. Por ello, el legislador debe reconsiderarla y permitir, en cambio, que cada usuario del Registro de la Propiedad pueda elegir entre diversos medios y proveedores de

identificación física, adquiriendo los servicios de identificación cartográfica del Catastro o de otros proveedores privados o públicos, como son sus equivalentes autonómicos.

Más en profundidad, el bajo rendimiento de la OEPM y del Catastro debería llevarnos a modificar de forma radical sus incentivos. Quizá incluso a transformarlos, como han hecho otros países, en agencias de “administración franquiciada”, aplicando así un régimen similar al de los registros mercantiles y de propiedad. Sobre estos últimos, nadie duda de su eficacia y capacidad para adaptarse a unas exigencias regulatorias crecientes, simultáneas además con reducciones drásticas de precios, en contraste con la evolución alcista de las tasas públicas (véase la Figura adjunta).

Ambos órganos ponen también en duda la capacidad de los ministerios económicos para regular sus propios organismos con un mínimo de eficacia. Estos casos no son únicos. Es de sobra conocido que la deficiente regulación de Iberclear es responsable de que los costes de transacción de la Bolsa española sean de los más altos de Europa. El tratamiento —que no reforma— que ahora se plantea para la OEPM y el Catastro solo vienen a confirmar esta incapacidad. Sería hora de separar órganos reguladores y regulados, aplicando al menos principios similares a los que maneja el artículo 9 del Anteproyecto para los organismos reguladores, y ello sin perjuicio de que tales principios sean mejorables. Máxime cuando, como bien pone de relieve el propio caso de Iberclear, regulado por la CNMV, no ha sido fácil evitar que tanto los regulados como los ministerios correspondientes sigan teniendo excesiva influencia en los organismos reguladores.

Evolución de las tasas fijas estatales, los precios de los registros mercantiles y de la propiedad y del IPC (1989 = 100)



Fuente de datos: IPC, INE; tasas, leyes de presupuestos; precios, decretos de aranceles.

Se favorece a la Administración, se restringen los contratos y se subvenciona a los vendedores de indulgencias

El Anteproyecto también desarrolla en el ámbito fiscal el trato de favor que disfruta de hecho la Administración en materia de notificaciones a contribuyentes (artículo 49). De salir adelante, algunos de ellos quedarán obligados a recibir notificaciones por medios electrónicos cuando así lo decida Hacienda, a la que también se le facilita la notificación por anuncios. Sería deseable compensar estos privilegios adicionales haciendo que la Administración cumpla la previsión legal vigente desde la Ley 30/1992, según la cual el contribuyente tiene derecho a aportar la misma información una sola vez y facilitar también que pueda centralizar efectivamente todas las comunicaciones de la Administración en una única dirección.

En la misma línea, se sigue aplazando el que la Administración cumpla la normativa general de morosidad con una reforma que, me temo, sólo vendrá a añadir una burocracia adicional para contabilizar las demoras (artículos 52 a 54). Mejor haría la Administración en aclarar qué sucede con el retraso discrecional en las devoluciones de IVA, retraso que está poniendo en aprietos a muchas empresas.

En la vertiente privada de este mismo ámbito de la morosidad, el Anteproyecto pretende reforzar las leyes 7/1996 y 3/2004, sobre todo para pequeñas empresas. En la medida en que lo consiga, las consecuencias serán negativas. Con carácter general, estas normas tienen un efecto nulo sobre los contratos relacionales y personalistas, aquellos cuya salvaguardia es la continuidad y reputación de las partes, que siguen contratando tal y como desean. Sin embargo, si las medidas que contempla el Anteproyecto consiguen hacerla más eficaz, dicha ley puede tener un efecto aun más negativo sobre los contratos susceptibles de litigación o de protesta ante las direcciones de comercio de las Comunidades Autónomas para que éstas ejerzan su poder sancionador. La ley dicta que se consideren nulas las cláusulas sobre plazos de pago mayores de los que el legislador considera adecuados excepto si “el deudor tiene alguna razón objetiva”. Con ello, incrementa la incertidumbre y fomenta el uso estratégico de la litigiosidad, pues resulta imposible prever las posibles sentencias respecto a una nueva cláusula. (En medios jurídicos, se cree, por ejemplo, que las condiciones generales ya han dejado de estipular plazos mayores a los legales). Al hacerla más eficaz, se perjudica la contratación impersonal en favor de la contratación relacional y personalista: las empresas tenderán a tratar solo con socios que sean fiables por sí mismos, pues se da un paso más para transformar la justicia y la regulación en un mecanismo para evadir los contratos, y no para cumplirlos. En cierto sentido, se “feudaliza” el sistema productivo, justo lo contrario de lo que exige el contexto actual de globalización. Si esto ocurre, el daño será en gran medida invisible y ni siquiera contemplaremos litigación al respecto ya que, cuando la litigación sea probable, las partes se abstienen de contratar. El efecto será menor, no obstante,

pues, al igual que sucede con varias de las reformas comentadas hasta aquí, el Anteproyecto sólo retoca levemente las normas originales. Todo ello con carácter general, para todo tipo de empresa. Por añadidura, en lo relativo a las pequeñas empresas, el efecto diferencial de la protección añadida que el Anteproyecto pretende otorgarles es que, dada la nueva obligación de usar plazos subóptimos, sus clientes tenderán a abstenerse de contratar con ellas.

Por supuesto que existen problemas de morosidad - y, en general, de arbitrariedad en el cumplimiento de los contratos - en parte del sistema productivo: allí donde escasea la competencia, como sucede en parte de la distribución comercial o cuando la propia Administración es parte del contrato. Pero la solución no reside en imponer cláusulas contractuales, con todos los riesgos que ello entraña de error, intervencionismo y litigiosidad, sino en eliminar las barreras a la entrada que restringen la competencia y sujetar la Administración a la Ley. En el primer caso caso, bastaría con haber traspuesto la Directiva de servicios de forma que se asegurara su cumplimiento y no con la fórmula empleada, que permite a las comunidades autónomas incumplirla sin más que arriesgarse a la sanción, de dudosa efectividad, que establece la ya comentada D.F. 4.^a de la Ley 17/2009.

Procede señalar, por último, que las primeras de las medidas que he comentado (silencio administrativo, licencias) nos alejan del patrón “católico” que enfatiza el control a priori y lo sustituyen por un control a posteriori. En sentido contrario, sin embargo, el Anteproyecto introduce un incipiente control a priori en materia de responsabilidad social de las empresas. (¿Por qué sólo de las empresas, y no también de, por ejemplo, la Administración, los sindicatos o las ONGs dedicadas a capturar subvenciones, empezando por las activas en este segmento de la mal llamada responsabilidad social?). Se hace en el artículo 40, al instar la confección de una batería de indicadores y establecer un procedimiento para que las empresas puedan acreditarse ante un orwelliano Observatorio del Consejo Estatal de la Responsabilidad Social Empresarial. En el mejor de los casos, costosos fuegos de artificio y una sutil forma de chantajear a todas las empresas que los observadores consideren poco responsables. En el peor, un riesgo más de intervencionismo para satisfacer intereses minoritarios a costa de los trabajadores, socios y dueños de empresas. Con seguridad, una vía para subvencionar más el negocio de los nuevos canónigos vendedores de indulgencias.

En resumen, una reforma virtual, cuando no negativa, y presa de intereses particulares.

Benito Arruñada

Catedrático de Organización de Empresas de la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Visitante en diversas universidades españolas y extranjeras. Miembro del consejo fundacional y Presidente (2005-2006) de la International Society for New Institutional Economics. Especialista en el funcionamiento de las instituciones económicas y el análisis económico del derecho empresarial, ha publicado numerosos libros y artículos científicos sobre asuntos relacionados con la regulación empresarial, los derechos de propiedad y los contratos empresariales. Ha actuado como experto sobre asuntos relacionados con estas investigaciones para algunas de las principales organizaciones internacionales, los gobiernos de varios países, firmas jurídicas, consultoras y empresas.

<http://www.arrunada.org>