

4 La regulación de las «start up» en Derecho Italiano: ¿un modelo para el Derecho Español?

JUDITH MORALES BARCELÓ

Profesora de Derecho Mercantil. Universidad de Barcelona

Revista de Derecho Mercantil 292
Abril - Junio 2014

Sumario:

- I. Introducción
- II. Breve análisis comparativo del marco legislativo del emprendimiento: Italia VS España
 - 1. Derecho Italiano: Decreto Legislativo núm. 179, de 18 de octubre de 2012, «decreto crescita bis»
 - 2. Derecho Español: Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización
- III. Requisitos de aplicación
 - 1. La start up innovativa
 - 2. La incubatore certificato (Incubadora)
- IV. Derogación del derecho societario
 - 1. Derogación aplicable a todos los tipos societarios
 - 1.1. Reducción del capital por pérdidas
 - 1.2. Reducción del capital por debajo del mínimo legal
 - 1.3. Emisión de instrumentos financieros con derechos
 - 1.4. Otras medidas
 - 2. Derogación aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada
- V. Conclusiones
- Bibliografía

RESUMEN: El favorecimiento del emprendimiento e innovación está siendo la respuesta de los ordenamientos jurídicos para dar el necesario cambio de rumbo de la economía y superar la grave crisis. La respuesta del Derecho Italiano, que ha sido la de establecer una regulación de las start up, se contrapone a la ausencia de una respuesta similar en Derecho español. Frente a la regulación de la start up italiana con un régimen dirigido a empresas de pequeñas dimensiones, cuyo objeto sea la innovación y la nueva tecnología, basado en determinadas derogaciones del Derecho común, el Derecho español se ha limitado a fomentar la actividad

empresarial con carácter general, sin prestar especial atención al emprendimiento de la tecnología e innovación.

ABSTRACT: The incentives to the entrepreneurship and innovation are being the response to the legal system to give the necessary change of the economy's course and overcome the serious crisis. The response of the Italian law, which has been the one to establish a regulatory framework for start up, is different to the Spanish law. The regulation of the Italian start up has a system aimed at small companies and its objective is to seek innovation and new technology -based on certain derogations of the common law-, whereas the Spanish law just promotes the entrepreneurship activity in general, without paying special attention to the technology and innovation entrepreneurship.

PALABRAS CLAVE: Empresas de base tecnológica, start up.

KEYWORDS: Start up companies.

I. INTRODUCCIÓN

La crítica situación económica de los países de la Unión Europea es una realidad que exige a los Estados Miembros la adopción de diversas medidas para lograr superarla. Una de las medidas por la que están apostando consiste en impulsar la iniciativa de los emprendedores y, en concreto, la centrada en la innovación, como pone de relieve el Consejo Europeo en sus conclusiones de fecha 24 y 25 de octubre de 2013¹). Por ello, es destacable la normativa que los diversos países están adoptando para su regulación, puesto que, de esta forma, se pretende transformar el modelo económico y dirigirlo hacia una economía de la innovación.

La tendencia a favorecer el emprendimiento y la relevancia que está adquiriendo no solo se refleja en la labor legislativa de los diversos países sino también en iniciativas privadas, puesto que son cada vez más frecuentes los encuentros de emprendedores e inversores, que se están organizando a nivel mundial, con la finalidad de que los primeros presenten sus proyectos y encuentren el modo de financiarlos. También son relevantes los foros que se organizan en los que se discuten sobre las políticas de fomento de la actividad emprendedora. En este sentido, en el ámbito europeo es destacable la sección que dedica la Comisión Europea al emprendimiento e innovación, con la finalidad de crear un equipo de trabajo del que resulte un foro en el que se discutan propuestas para que Europa sea un lugar de emprendimiento, así como la llamada *start up* Europa, que es aquella iniciativa de diversos emprendedores, en el ámbito de la Unión Europea, para dar a conocer sus proyectos y prestarse apoyo a través de diversas plataformas²). De todo ello, se puede comprobar la relevancia que está adquiriendo esta nueva perspectiva económica que pretende ser una herramienta para superar la grave situación de crisis económica.

En el presente artículo queremos poner de relieve el trabajo realizado en Italia y, en concreto, una de las medidas adoptadas para promover el crecimiento económico del país, que es la regulación de las *start up* y la aplicación de una serie de ventajas para fomentar la iniciativa empresarial. El origen se encuentra en el Programa Nacional de Reforma del año 2012 de Italia, publicado en el Documento de Economía y Finanzas del 2012³), que señala la necesidad de una profunda reforma como consecuencia de la grave situación del sistema económico y de producción. En ese Programa se determinan las medidas que se pretenden adoptar con el fin de sanear las finanzas públicas y promover el crecimiento. En concreto, el Programa anuncia la proclamación de un sistema favorable a las *start up*, puesto que ha quedado demostrado, según datos recogidos en el Programa Nacional de Reforma de 2012, que Italia se encuentra en una situación de desventaja respecto de otros Países Miembros en materia de iniciativa de emprendedores. De esta forma, como el texto prevé, se pretende favorecer, mediante la adopción de diversas medidas, a quienes tengan talento, energía y creatividad para que puedan desarrollar un proyecto. Una de estas medidas ha sido la aprobación del Decreto Legislativo núm. 179, de 18 de octubre de 2012, llamado «decreto crescita bis», que con posterioridad ha sido convertido, con algunas modificaciones, en la Ley núm. 221, de 17 de diciembre de 2012, cuyo objeto es regular todas las fases de la empresa *start up*.

En este contexto de innovación y emprendimiento destaca el relevante papel que están adoptando las llamadas *start up*, sobre las que se habla cada vez con más frecuencia. A pesar de ello, una de las mayores dificultades de la regulación de las *start up* se encuentra en la ausencia de un concepto jurídico, lo que obliga a acudir a un concepto económico. En este sentido, por *start up* se debe entender aquella organización empresarial de duración determinada, que requiere una baja inversión inicial y con un fuerte componente tecnológico, puesto que su línea de negocio se encuentra en productos o servicios que hasta el momento son casi inexistentes y tienen un potencial alto

de crecimiento. A pesar de que éstas son las características comunes a todas las *start up*, la falta de concreción de cada una de ellas genera una inseguridad jurídica que, en algunos casos, no encuentra solución en la normativa.

En este punto, queremos señalar que en el Derecho Español, a diferencia del Derecho Italiano, no hay una regulación de las *start up*, sino que la normativa aplicable depende de la forma jurídica que se adopte para el desarrollo de una actividad económica, con independencia del carácter innovador de su objeto. A pesar de ello, según datos publicados en julio de 2013, España se ha convertido en el cuarto país de la Unión Europea donde más se invierte en proyectos de emprendedores y, en concreto, en proyectos tecnológicos o con un fuerte componente innovador⁴). Por esta razón, consideramos que resulta de interés el análisis de la normativa italiana en materia de *start up*, puesto que puede marcar las pautas de una futura reforma en nuestro país.

A pesar de la ausencia en España de una normativa específica en materia de *start up*, en la misma línea que los países de nuestro entorno, se está trabajando en medidas que fomenten e impulsen la actividad de emprendimiento. En concreto, se ha aprobado la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Esta Ley tiene como finalidad fomentar la actividad emprendedora, con carácter general, a diferencia de la normativa italiana que está centrada en el emprendimiento de la tecnología e innovación. En este sentido, como analizaremos en el apartado siguiente, se contemplan medidas de muy diversa índole, puesto que algunas son de carácter educativo, otras afectan al Derecho societario y, finalmente, las que contemplan una flexibilización de las cargas fiscales, administrativas y en materia de seguridad social, con el fin de facilitar la actividad empresarial.

II. BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO DEL MARCO LEGISLATIVO DEL EMPRENDIMIENTO: ITALIA VS ESPAÑA

1. DERECHO ITALIANO: DECRETO LEGISLATIVO NÚM. 179, DE 18 DE OCTUBRE DE 2012, «DECRETO CRESCITA BIS»

Las medidas que se están adoptando en Italia tienen como finalidad, como recoge el Programa Nacional de Reforma del año 2012, fomentar el crecimiento sostenible, el desarrollo tecnológico y la ocupación, en concreto la juvenil. Como se ha mencionado con anterioridad, una de las respuestas a la difícil situación económica del país ha sido la aprobación del Decreto Legislativo núm. 179, de 18 de octubre, que entre otras previsiones, incorpora la regulación de las *start up*. En concreto, la sección IX, cuyo título es «medidas para el nacimiento y desarrollo de la empresa *start up* innovativa», está dedicada al régimen de esta organización empresarial. A pesar de que la novedad consiste en regular la *start up*, debemos decir que no se crea un modelo organizativo de empresa, sino que se prevén excepciones del Derecho común⁵).

La regulación de las *start up* es multidisciplinar⁶), puesto que en ella se contemplan medidas de diversa índole para reducir los costes de constitución y desarrollo de la actividad empresarial y, de este modo, incentivar el nacimiento y progreso de la tecnología. Por ello, estas medidas afectan no solo al ámbito del Derecho societario sino también al Derecho concursal, fiscal y laboral. En este sentido, en el presente artículo analizaremos los requisitos que debe cumplir una organización empresarial para que sea considerada *start up* a los efectos del Decreto Legislativo núm. 179 y, por tanto, para que sea aplicable el régimen previsto en él. Estos requisitos serán, por un lado, de contenido, y, por otro lado, de tipo publicitario. Debido a la relevancia de este aspecto, los requisitos de las *start up* están analizados en profundidad en un punto posterior e independiente respecto a los requisitos de las Incubadoras, que son, como expondremos, las empresas que dan apoyo a las *start up*. Así mismo, centraremos nuestra atención en las cuestiones más relevantes del Derecho societario previstas en el Decreto Legislativo, puesto que se introducen algunas derogaciones relevantes que afectan, en algunas ocasiones a todas las *start up*, con independencia del tipo de sociedad de capital que se adopte, y en otras tan sólo a las *start up* que adopten la forma de sociedad de responsabilidad limitada.

Como hemos mencionado, el régimen de la *start up* prevé una serie de excepciones con la finalidad de facilitar la constitución y la inscripción de dichas empresas en el Registro Mercantil, así como el desarrollo de la actividad empresarial. En este sentido, se contemplan ciertas ventajas de tipo fiscal y laboral y la facilitación del acceso al crédito, que se comentan a continuación, puesto que su análisis corresponde a la doctrina especializada.

En cuanto a las ventajas fiscales podemos mencionar brevemente algunas de las más relevantes: a) la exoneración del pago del impuesto del timbre para la inscripción de la empresa en el Registro Mercantil; b) la exoneración del pago de los derechos de administración para la inscripción de la empresa en el Registro Mercantil; c) la exención del pago del derecho anual a la Cámara de Comercio; d) incentivos fiscales para los años 2013, 2014 y 2015 que se

aplican tanto en el caso de las inversiones directas, es decir, en la creación de empresas, como en el caso de las inversiones indirectas, a través de otras empresas que invierten principalmente en la puesta en marcha de las *start up*.

En cuanto a las ventajas laborales, podemos mencionar las siguientes: a) la *start up* puede contratar personal con una duración determinada entre los seis meses y los treinta y seis y, una vez transcurrida esta duración máxima del contrato, puede ser renovado por una vez más y por un máximo de otros 12 meses, de tal forma que la duración total del contrato no sea superior a los cuarenta y ocho meses; b) la *start up* puede remunerar a sus trabajadores y colaboradores externos con *stock options* con un régimen fiscal favorable.

Y finalmente, es posible mencionar algunas excepciones que afectan al Derecho concursal. La grave situación de crisis económica se refleja en todos los sectores de la economía y, por ello, no es una excepción aquel dedicado a la innovación y la tecnología, a pesar de que las empresas *start up* se caracterizan por una baja inversión. Con la finalidad de que la iniciativa empresarial de la innovación no se vea perjudicada por la aplicación de las normas relativas al procedimiento concursal, el Decreto Legislativo núm. 179 prevé que las *start up* no están sometida a los procedimientos concursales tradicionales contemplados en el Real Decreto de 16 de marzo de 1942, *Legge Fallimentare* 7), sino que tan solo estarán sometidas al capítulo 2 de la Ley núm. 3, de 27 de enero de 2012, de disposiciones sobre la usura y la extorsión, así como la solución a la crisis de sobreendeudamiento (artículo 31 del Decreto Legislativo)8). Esta ley es aplicable a los supuestos de sobreendeudamiento9) que no estén sujetos a otros procedimientos concursales. En este sentido, la solución a la crisis de una sociedad *start up* puede consistir, a iniciativa del deudor, en una de estas dos: la conclusión de un acuerdo con los acreedores o bien la liquidación judicial de todos los bienes de la *start up* 10).

El acuerdo al que pueden llegar el deudor y sus acreedores debe ser propuesto por el deudor y tener como objeto la reestructuración de la deuda y la satisfacción de los créditos11). Para tal acuerdo es necesaria la homologación del juez en el plazo de seis meses desde la presentación de la propuesta y la adhesión de los acreedores que representen al menos el sesenta por ciento de los créditos.

La liquidación judicial de los bienes de la *start up* debe seguir el procedimiento previsto en la Ley núm. 3/2012. En atención a esta ley, la solicitud de iniciar la liquidación judicial se debe presentar ante el juzgado competente junto con el inventario de todos los bienes del deudor, así como la indicación de la posesión de los mismos. El Decreto Legislativo núm. 179 (artículo 31.2) establece que una vez transcurridos doce meses desde la apertura de la liquidación, el acceso a los datos relativos a los socios corresponde exclusivamente a la autoridad judicial y autoridad de vigilancia.

2. DERECHO ESPAÑOL: LEY 14/2013, DE 27 DE SEPTIEMBRE, DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES Y SU INTERNACIONALIZACIÓN

La Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, es el resultado de la búsqueda de soluciones a la grave situación de crisis económica en la que se encuentra sumergido nuestro país y la respuesta a la necesidad de reformas con las que se intenta dar un impulso al ámbito empresarial. La finalidad de la ley, en palabras de la Exposición de Motivos, es otorgar un mayor valor a la actividad empresarial y la asunción de riesgos.

En nuestra opinión, esta ley no es comparable a la regulación de las *start up*, puesto que su ámbito de aplicación es completamente diferente. Por un lado, el Decreto Legislativo italiano tiene como finalidad establecer un régimen dirigido a unas empresas pequeñas cuyo objeto sea la innovación y la nueva tecnología y, por otro, la Ley de emprendedores pretende favorecer a toda la actividad empresarial con independencia del tamaño, del objeto social y de la etapa de desarrollo en la que se encuentre. Por tanto, a pesar de que la Ley de emprendedores pueda ayudar a la actividad empresarial, dista mucho de dar un cambio de rumbo a la economía, tal y como propone el Consejo Europeo y en la línea que se pretende en el Derecho Italiano.

El ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de emprendedores es muy amplio, puesto que la ley define al emprendedor como cualquier persona física o jurídica que va a desarrollar o esté desarrollando una actividad económica productiva. Así mismo, el ámbito de aplicación objetivo también resulta muy amplio, ya que la Ley de emprendedores introduce medidas que afectan a temas educativos, a aspectos fiscales y de seguridad social y a cargas administrativas. De todas estas medidas, desde un punto de vista mercantil, destacaríamos dos por su novedad y por la relevancia que puedan tener en la realidad práctica. Estas medidas son las siguientes: por un lado, la protección del empresario persona física y, por otro, la previsión de una sociedad de responsabilidad limitada con un capital social inferior a los 3.000 euros.

La primera medida que querríamos destacar es la que afecta al empresario persona física. El legislador es consciente de que gran parte de la actividad empresarial en nuestro país se desarrolla mediante la figura del empresario individual, cuestión altamente arriesgada en situaciones de grave crisis económica, puesto que el patrimonio individual se puede ver afectado por las deudas empresariales. Por esta razón, la Ley de emprendedores introduce una protección relativa a la vivienda habitual del empresario persona física, en el sentido de que ésta no puede quedar afectada por las deudas empresariales, a pesar de que para que se aplique esta excepción se deben cumplir determinadas condiciones¹²). Sin embargo, nos parece relevante destacar que esta medida tan sólo es un supuesto de inembargabilidad de la vivienda familiar. En nuestra opinión, la expresión utilizada en el texto puede llevar a equívocos, puesto que no hay una limitación de la responsabilidad del emprendedor persona física, sino que tan sólo impide el embargo de un determinado bien en relación a unas determinadas deudas. En este sentido, no hay una limitación de la responsabilidad, sino que el emprendedor persona física sigue respondiendo de las deudas de su actividad con todos los demás bienes. Por ello, hubiese sido más adecuada la diferenciación y la separación del patrimonio personal, que es el que respondería de las deudas personales, del patrimonio empresarial, que es el que respondería de las deudas profesionales, para que hubiese una correcta utilización del concepto empresario de responsabilidad limitada.

La segunda medida es la posibilidad de constituir una sociedad de responsabilidad limitada mediante la formación sucesiva¹³). De este modo, se admite la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada sin necesidad de aportar un capital social mínimo y se consigue abaratar el coste de constitución, a pesar de que con la finalidad de reforzar los recursos propios e impulsar la autofinanciación se fijan unos límites y obligaciones. Estas sociedades estarán sometidas a un régimen fiscal y en materia de seguridad social más beneficioso y, además, verán reducidas sus cargas administrativas. En este punto, queremos poner de relieve que en Derecho Italiano cabe la posibilidad de constituir una sociedad de responsabilidad limitada con un capital inferior al mínimo legal desde el año 2012. Después de algunas modificaciones, el Decreto Legislativo núm. 76, de 28 de junio de 2013, convertido con posterioridad en la Ley núm. 99, de 9 de agosto de 2013, ha dado la redacción vigente a este subtipo de sociedad de responsabilidad limitada, a la que se ha denominado sociedad simplificada¹⁴). Este tipo societario, se caracteriza por estar compuesta únicamente por personas físicas y con un capital social comprendido entre 1 euro y 9.999 euros, resultado de aportaciones dinerarias (artículo 2463 bis del Código civil italiano). Por tanto, se admite la constitución de una sociedad con un capital social inferior al mínimo legal exigible a una sociedad de responsabilidad limitada italiana, que es de 10.000 euros. Los estatutos de la sociedad deben seguir un modelo estándar y no es posible derogar las cláusulas de este modelo.

III. REQUISITOS DE APLICACIÓN

1. LA START UP INNOVATIVA

El régimen previsto en la Sección IX del Decreto Legislativo núm. 179 de 2012 es aplicable tan sólo cuando una organización empresarial desarrolla su actividad como una *start up*. Por ello, para una correcta aplicación de este nuevo régimen es indispensable determinar los requisitos que debe cumplir una empresa para que sea considerada como tal a los efectos del Decreto Legislativo núm. 179. La ausencia de estos requisitos no afecta a la constitución de la sociedad de que se trate, sino tan sólo implicará la no aplicación del régimen de la *start up* del Decreto Legislativo.

La regulación de la *start up* se aplica únicamente al empresario social, por tanto, queda excluida de esta regulación la iniciativa empresarial individual, que reúna determinados requisitos (apartado 3 del artículo 25 del Decreto Legislativo). En primer lugar, es relevante tener en consideración se define a la *start up* como una sociedad de capital de nacionalidad italiana, es decir, una sociedad anónima, una sociedad de responsabilidad limitada o bien una sociedad comanditaria por acciones,¹⁵) o bien una sociedad europea con domicilio en Italia (artículo 25.1 del Decreto Legislativo)¹⁶). Puesto que la protección a las *start up* se concede con la finalidad de favorecer el crecimiento, el desarrollo tecnológico y la ocupación, las medidas están pensadas para un modelo de empresario social pequeño. Por tanto, el Decreto Legislativo excluye de esta regulación a las sociedades de capital cuyas acciones se encuentren en un mercado regulado¹⁷) o bien en un sistema multilateral de negociación¹⁸).

Los requisitos que deben reunir las sociedades a las que sea de aplicación el citado Decreto Legislativo son los siguientes¹⁹): a) el plazo de duración de la *start up* no puede ser superior a 4 años; b) el centro principal de intereses debe estar situado en Italia; c) el resultado anual del balance a partir del segundo año no puede ser superior a los 5 millones de euros; d) durante el período anterior a la entrada en vigor del Decreto Legislativo y en los sucesivos no puede repartir beneficios; e) el objeto social debe consistir, de forma exclusiva o prevalente, en el

desarrollo, fabricación y comercialización de un producto o servicio innovador y de alto valor tecnológico²⁰); f) no puede ser el resultado de una fusión, escisión, cesión o aportación de rama de actividad.

A estos seis requisitos cabe añadir un octavo que tiene el carácter de alternativo, es decir, la sociedad debe poseer al menos uno de estos tres requisitos: a) los gastos en I+D (excluido el gasto de adquisición y localización de los bienes inmuebles) debe ser igual o superior al 15% del coste o valor total de la producción de la *start up*; b) al menos un tercio de los empleados o colaboradores deben estar altamente cualificados o bien un porcentaje igual o superior a los dos tercios del total debe estar en posesión de un título de máster; c) ser titular, depositario o licenciario de algún título de propiedad industrial de una invención industrial, biotecnológica, topografía de un producto semiconductor o una variedad vegetal o bien ser titular de un programa, que permita crear productos originarios, inscrito en el Registro público especial y directamente relacionado con el objeto social.

En nuestra opinión, a pesar de que el Decreto Legislativo enumera los requisitos que debe cumplir una sociedad, para que se le pueda aplicar el régimen de la *start up* de la Sección IX, consideramos que no determina con claridad cada uno de ellos, lo que puede generar una inseguridad jurídica. A modo de ejemplo, es posible citar que surge la duda sobre qué se debe entender por producto o servicio innovador o de alto valor tecnológico, que es el objeto social que debe tener la *start up* y cómo se verifica o bien qué se debe entender por empleados o colaboradores altamente cualificados, que deben ser al menos un tercio del total de los trabajadores²¹).

La aplicación del régimen de las *start up* está sometida a un tedioso régimen de publicidad, con la finalidad de darle una máxima transparencia a la información relativa a estas empresas. En este sentido, junto con los requisitos de contenido que hemos mencionado, el Decreto Legislativo condiciona la aplicación del mismo a la publicidad de la *start up* en el Registro Mercantil (apartado 8 del artículo 25). Para ello, se crea una sección especial en el Registro en la que se inscribirán las *start up* y las Incubadoras (artículo 25.8) y se hará constar cierta información que, además, deberá ser actualizada de forma periódica.

De esta forma, se requiere que la *start up* se inscriba en la sección especial del Registro Mercantil mediante una certificación de su representante legal, por la que declare que la *start up* cumple con los requisitos de contenido mencionados con anterioridad (artículo 25.9 del Decreto Legislativo). Estos mismos requisitos deben cumplirse durante todo el período por el que va a ser aplicable el régimen de la *start up*, que como hemos mencionado, no puede superar los cuatro años. Por ello, el Decreto Legislativo exige que dentro de los 30 días posteriores a la aprobación del balance o bien dentro de los seis meses posteriores al cierre del ejercicio social, el representante de la *start up* deposite en el Registro Mercantil una declaración por la que certifique que la *start up* sigue cumpliendo con esos requisitos de contenido (artículo 25.15 del Decreto Legislativo)²²).

La pérdida de requisitos de contenido tiene como consecuencia la cancelación de la *start up* en la sección especial. La cancelación se produce de oficio dentro de los 60 días. Esta pérdida es equivalente a la falta de depósito de la declaración que hemos citado en el párrafo precedente (artículo 25.16 del Decreto Legislativo).

En la misma línea, cabe mencionar, que a la certificación mencionada le acompañará una petición de carácter electrónico en la que se hará constar una información que se irá actualizando en un plazo no superior a seis meses (artículo 25.14 del Decreto Legislativo). Esta información es la siguiente (artículo 25.12 del Decreto Legislativo): a) la fecha y el lugar de constitución, el nombre y la dirección del notario; b) la sede principal y otras sedes; c) la identificación del objeto social; d) una descripción de la actividad desarrollada y los gastos de I+D; e) una enumeración de los socios; f) una enumeración de las sociedades que participan; g) la indicación de la titulación académica y experiencia profesional de los socios que trabajan en la *start up*; h) la indicación de la existencia de las relaciones de carácter profesional, de colaboración o comercial con la Incubadora, inversor institucional o profesional, universidad o centro de investigación; i) el último balance depositado; j) una enumeración de los derechos de propiedad industrial o intelectual.

La aplicación de las ventajas de las *start up* está condicionada a la constitución de la misma y el cumplimiento de los requisitos. Sin embargo, es posible aplicar este régimen a las sociedades que se hayan constituido con anterioridad a la fecha en la que entró en vigor la Ley núm. 221, de conversión del Decreto Legislativo, que fue el 19 de diciembre de 2012. Para ello, es necesario que el representante legal presente una declaración de cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación del régimen de las *start up* en el Registro Mercantil (artículo 25.3 del Decreto Legislativo). En tal caso, el tiempo por el que se le aplicará dicho régimen variará en función del momento de constitución de la *start up*, teniendo en cuenta la entrada en vigor de la Ley núm. 221. Estos períodos son los siguientes: el régimen de la *start up* se aplicará durante el plazo de cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley núm. 221, si la *start up* se constituyó en los dos años precedentes; de tres años, si la *start up* se constituyó en los

tres años precedentes; y será de dos años, si la *start up* se constituyó en los cuatro años precedentes.

2. LA INCUBATORE CERTIFICATO (INCUBADORA)

Como hemos mencionado, el Decreto Legislativo núm. 179 no sólo establece un régimen aplicable a las *start up* sino también a las Incubadoras. Debemos tener presente que las empresas *start up* nacen y se desarrollan con el apoyo de las llamadas Incubadoras, es decir, de aquellas sociedades que sustentan operativa y financieramente su proceso de constitución y desarrollo, por lo que resulta necesario que, del mismo modo que se aplica un régimen favorable a las *start up*, también se aplique uno para las Incubadoras.

De la misma forma que para las *start up*, el Decreto Legislativo condiciona la aplicación del régimen previsto para las Incubadoras al cumplimiento de determinados requisitos, unos de contenido y otros de carácter publicitario. Además de esos requisitos, debemos tener presente que, del mismo modo que la *start up*, la Incubadora tan solo puede ser una sociedad de capital de Derecho italiano o bien una sociedad europea residente en Italia.

Los requisitos de contenido que debe reunir una Incubadora para que sea de aplicación el régimen del Decreto Legislativo núm. 179 son los siguientes (apartado 5 del artículo 25): a) disponer de una estructura adecuada para acoger a la *start up*; b) disponer de los elementos adecuados a la actividad de la *start up*; c) encomendar la administración y dirección a personas de reconocido prestigio en materia de empresa e innovación y disponer de una estructura técnica y de asesoría permanente; d) tener una relación regular de colaboración con la universidad, centro de investigación, institución pública o socio financiero que lleven a cabo actividades y proyectos relacionados con las *start up*; e) tener la adecuada y comprobada experiencia en la actividad de apoyo a la *start up*.

A pesar de que estos requisitos son de carácter abierto, puesto que al no existir mayor desarrollo de los mismos variará en función de las características concretas de cada Incubadora, el Decreto Legislativo hace una excepción respecto a la experiencia en la actividad de apoyo a las *start up*, que debe acreditar la Incubadora. En este sentido, se determina cuál debe ser el contenido relativo a esa experiencia con las siguientes indicaciones (apartado 7 del artículo 25): a) el número de solicitudes de proyectos para la creación y sustento de *start up* recibidas durante el año; b) el número de *start up* que haya creado y organizado; c) el número de *start up* que dejaron a esa Incubadora; d) el número de colaboradores y personal con el que cuente; e) el porcentaje de variación del número de ocupación respecto del año anterior; f) la tasa media de crecimiento del valor de la producción de la *start up*; g) el capital riesgo que se pone a disposición de las *start up*; h) el número de patentes de la *start up*.

El Decreto Legislativo exige que la Incubadora, en sentido idéntico que para la *start up*, cumpla determinados requisitos de carácter publicitario. De esta forma, en la misma sección especial del Registro Mercantil en la que se inscriben las *start up* también se inscriben las Incubadoras (artículo 25.8 del Decreto Legislativo). Para ello, será necesario que el representante legal emita una declaración por la que certifique que la Incubadora reúne los requisitos mencionados (artículo 25.9 del Decreto Legislativo). Estos mismos requisitos deben cumplirse durante todo el período por el que va a ser aplicable el régimen de la Incubadora que, a diferencia de las *start up*, necesariamente no tiene un carácter limitado en el tiempo de cuatro años. Por ello, el Decreto Legislativo prevé que dentro de los 30 días posteriores a la aprobación del balance o bien dentro de los seis meses posteriores al cierre del ejercicio social, el representante de la Incubadora debe depositar en el Registro Mercantil una declaración por la que certifique que la Incubadora sigue cumpliendo con esos requisitos de contenido (artículo 25.15 del Decreto Legislativo).

De la misma forma que para la *start up*, la pérdida de requisitos de contenido por parte de la Incubadora tiene como consecuencia la cancelación de la misma en la sección especial. Esta cancelación se produce de oficio dentro de los 60 días y la falta de depósito de la certificación del representante legal es equivalente a esta pérdida (artículo 25.16 del Decreto Legislativo).

Y finalmente, en la misma línea que para las *start up*, la Incubadora debe presentar una declaración en formato electrónico con la siguiente información, que formará parte del contenido que accede al Registro Mercantil: a) la fecha y el lugar de constitución, nombre y dirección de notario; b) la sede principal y otras sedes; c) el objeto social; d) una breve descripción de la actividad que se desarrolla; e) una descripción de la estructura y elementos disponibles para el desarrollo de la actividad; f) la indicación de la experiencia profesional del personal que administra y dirige la Incubadora; g) la indicación de la existencia de colaboración con la universidad, centro de investigación, institución pública o socio financiero; h) la indicación de la experiencia en materia de sustento a una *start up*. Esta información debe ser actualizada de forma periódica en plazos no superiores a los seis meses.

IV. DEROGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO

El Decreto Legislativo núm. 179, como hemos avanzado, no solo introduce un régimen novedoso aplicable a las *start up*, sino que prevé una derogación del Derecho societario, con la finalidad de adaptarlo a las características específicas de estas organizaciones empresariales y lograr, de este modo, una mayor protección para ellas. Entre estas medidas de Derecho societario es posible hacer una distinción: por un lado, se recogen unas medidas que afectan a todas las *start up*, con independencia del tipo societario que adopten y, por otro, se prevén unas medidas que tan solo afectan a las *start up* que se hayan constituido como sociedad de responsabilidad limitada. En el primer grupo de medidas se encuentran las siguientes: las relativas a la situación de reducción de capital por pérdidas, distinguiendo según esa reducción sitúe o no al capital social por debajo del mínimo legal establecido; la emisión de instrumentos financieros con el reconocimiento de determinados derechos; y la exoneración del pago de determinados impuestos relativos a la inscripción de la sociedad. En el segundo grupo de medidas encontramos derogaciones del Derecho societario, en cuanto se admite como posibles situaciones que están prohibidas en el Derecho común, aplicables tan sólo a las sociedades de responsabilidad limitada y que afectan a las siguientes cuestiones: la creación de categorías de participaciones sociales con diferentes derechos; la limitación de los derechos de voto vinculados a determinadas participaciones; la oferta al público de productos financieros cuyo objeto sean participaciones de una *start up*; y la realización de operaciones que afecten a las propias participaciones.

Como aspecto previo al desarrollo de este punto, nos parece relevante destacar que las medidas de Derecho societario contempladas en el Decreto Legislativo núm. 179 no tienen el carácter de imperativas sino que son facultativas, dejando la decisión de seguirlas a la propia *start up*.

1. DEROGACIÓN APLICABLE A TODOS LOS TIPOS SOCIETARIOS

1.1. Reducción del capital por pérdidas

La primera derogación del Derecho societario aplicable a las *start up* se aplica al supuesto de reducción de capital ante una situación de pérdidas (artículo 26.1 del Decreto Legislativo). Para un exhaustivo análisis de esta derogación es necesario un detenimiento en el régimen común del Derecho societario y así, con posterioridad, poder entender las razones que han llevado al legislador italiano a esa derogación

El supuesto de reducción por pérdidas está previsto en dos artículos del Código Civil italiano (artículos 2446 y 2482 bis, el primero aplicable a las sociedades anónimas y el segundo a las sociedades de responsabilidad limitada). Estos artículos contemplan un régimen, prácticamente idéntico, salvo en el aspecto relativo a los órganos sociales, que es aplicable cuando la sociedad tiene unas determinadas pérdidas en función de su capital²³). En concreto, cuando la sociedad sufra unas pérdidas que hagan disminuir el capital en un tercio, se debe convocar a la junta para que adopte las medidas adecuadas²⁴). Si dentro del siguiente ejercicio la pérdida no disminuye por, al menos ese tercio, el capital debe reducirse de forma obligatoria en proporción a esas pérdidas.

Para los casos en los que la sociedad sea una *start up*, el Decreto Legislativo núm. 179 prevé que el plazo de un año, que contempla el Código Civil italiano para la recuperación del capital disminuido como consecuencia de las pérdidas, sea amplíe a dos. En sentido, debemos tener presente que este régimen de las *start up* tan sólo es aplicable, como máximo, a pesar de que depende del año de constitución de la sociedad, durante cuatro años, en los que se asume que el objetivo no es obtener grandes beneficios, sino lograr dar un impulso a una idea innovadora y de carácter tecnológica. Por ello, los gastos derivados de la inversión inicial y la falta de beneficios pueden colocar a la sociedad en una situación de pérdidas con mayor facilidad que cualquier otra sociedad con otro objeto social.

En este punto, nos parece interesante hacer una breve mención al Derecho societario español, puesto que hay relevantes diferencias respecto al Derecho italiano. Como es sabido, el Derecho español, a diferencia del Derecho italiano, tan sólo contempla la reducción obligatoria de capital para las sociedades anónimas, no para las sociedades de responsabilidad limitada (artículo 327 de la Ley de Sociedades de Capital). Otra diferencia, que resulta aún más relevante, consiste en que el Derecho español vincula la causa de reducción obligatoria a las pérdidas que disminuyan el patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes del capital social y haya transcurrido un ejercicio social sin que se haya recuperado. Por tanto, el Derecho español, a diferencia del italiano, no sólo tiene en cuenta los efectos de las pérdidas sobre el capital sino sobre el patrimonio de la sociedad.

1.2. Reducción del capital por debajo del mínimo legal

La segunda derogación del Derecho societario aplicable a las *start up* afecta al supuesto de reducción de capital por pérdidas cuando éstas lo sitúen por debajo del capital social mínimo exigido por el Código Civil italiano (artículo 26.1 del Decreto Legislativo). De la misma forma que en la derogación anterior, consideramos conveniente hacer una previa exposición sobre el régimen común de la situación para poder, con posterioridad, poner de relieve la derogación introducida por el Decreto Legislativo núm. 179.

Como hemos anunciado, este segundo supuesto tiene como base la misma situación que el primero, es decir, el capital se reduce un tercio como consecuencia de las pérdidas. Sin embargo, a diferencia del supuesto anterior, queda situado por debajo del mínimo legal fijado en el Código Civil italiano, que variará según el tipo societario que haya adoptado la *start up*. Esta situación de reducción por pérdidas por debajo del mínimo es idéntica en las sociedades anónimas (artículo 2447 del Código Civil italiano), y en las sociedades de responsabilidad limitada (artículo 2482 ter del Código Civil italiano), con la única diferencia de la cifra del capital mínimo, que para las sociedades anónimas es de 120.000 euros (artículo 2327 del Código Civil italiano) y para las sociedades de responsabilidad limitada es de 10.000 (artículo 2463.4 del Código Civil italiano). En este punto, consideramos relevante señalar que, en el supuesto en el que la *start up* adopte la forma de sociedad de responsabilidad limitada simplificada, en cuyo caso el capital social mínimo es de 1 euro, no tiene razón de ser esta causa de reducción obligatoria.

Ante esta situación descrita, el Derecho societario común exige que la junta acuerde necesariamente una de estas dos posibilidades: la reducción del capital y el inmediato aumento hasta alcanzar una cifra no inferior al mínimo legal o bien la transformación de la sociedad en un tipo cuyo capital mínimo exigido se alcance después de la situación de pérdidas. De esta forma, adoptando una de estas dos decisiones se puede evitar la causa de disolución legal por la que la existencia de un capital social por debajo del mínimo legal exigido es causa de disolución obligatoria de la sociedad (artículo 2484.1.4 del Código Civil italiano)²⁵.

En el caso concreto de que la sociedad sea una *start up*, el Decreto Legislativo núm. 179 admite la posibilidad de prorrogar esta decisión al cierre del siguiente ejercicio sucesivo (artículo 26.1). Sin embargo, esta prórroga debe relacionarse con las causas de disolución de la sociedad, puesto que, como hemos comentado, la reducción del capital por debajo del mínimo legal es causa de disolución obligatoria. Por ello, con la finalidad de coordinar la excepción de prorrogar al cierre del ejercicio posterior la decisión de reducir el capital y aumentarlo de forma simultánea o bien de transformar la sociedad, cuando por consecuencia de las pérdidas el capital se encuentre por debajo del mínimo legal, el Decreto Legislativo prevé que esa causa de disolución deja de ser aplicable durante ese año. De la misma forma que el supuesto de pérdidas anteriormente comentado, se concede un mayor plácet a las *start up* con la finalidad de facilitar su desarrollo.

En Derecho español, la reducción del capital social por debajo del mínimo legal es causa de disolución obligatoria (artículo 363.1.f de la Ley de Sociedades de capital). Sin embargo, esta disolución, de la misma forma que en Derecho italiano, se puede evitar cuando la junta acuerde el aumento hasta una cifra igual o superior al capital mínimo o bien la transformación de la sociedad en otro tipo que no exija una cifra de capital mínimo o ésta se iguale o supere. En este supuesto, el órgano de administración debe convocar a la junta en el plazo de dos meses desde que el capital se encuentre por debajo del mínimo legal, para que adopte el acuerdo de disolver la sociedad, aumentar el capital hasta una cifra igual o superior al mínimo legal o transformar la sociedad en otro tipo social. A pesar de que no hay posibilidad de prórroga, como está previsto en Derecho italiano para las *start up*, consideramos de interés mencionar la excepción que entró en vigor con el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la administración de justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita. En concreto, una de las disposiciones finales (Disposición final tercera), que afecta a la reducción obligatoria por pérdidas para las sociedades anónimas (artículo 327 de la Ley de Sociedades de Capital) y la causa de disolución obligatoria por pérdidas (artículo 363.1.e de la Ley de Sociedades de Capital), establece que para la determinación de las pérdidas no se computan aquellas que proceden de deterioros del inmovilizado material, inversiones inmobiliarias y existencias, durante el ejercicio social cerrado durante el año 2013²⁶). Esta medida, a diferencia de la prevista en Derecho italiano, no sólo es aplicable a un tipo concreto de sociedades, como serían las *start up*, sino que es aplicable a cualquiera. A pesar de ello, puesto que la medida tiene un carácter excepcional, al menos según anuncia el propio texto, tiene una duración que está limitada en el tiempo y que alcanza al ejercicio cerrado en el año 2013. No obstante, debemos apuntar que esto mismo se anunciaba desde el año 2008 cuando se adoptó por primera vez esta medida.

1.3. Emisión de instrumentos financieros con derechos

Como hemos comentado con anterioridad, la búsqueda de inversión en las *start up*, y también en las Incubadoras,

es la razón por la que el régimen jurídico del Decreto Legislativo núm. 179 permite la emisión de instrumentos financieros cuyo contenido consista en el reconocimiento de ciertos derechos. A pesar de que por instrumento financiero se debe entender cualquier forma de inversión de naturaleza financiera, en concreto, el Decreto Legislativo admite que los socios, como contraprestación a su aportación, y los terceros, en compensación a su trabajo o servicios, reciban determinados derechos (artículo 26.7)²⁷). Éstos pueden consistir en derechos patrimoniales y en derechos administrativos, a pesar de que queda expresamente excluido el derecho de voto en la junta (al que aluden los artículos 2479 y 2479 bis del Código Civil italiano)²⁸).

En este punto, consideramos relevante hacer una breve mención a los derechos que las acciones y las participaciones sociales otorgan a sus titulares, que se encuentran dispersos en el articulado del Código Civil italiano. Estos derechos se pueden dividir en dos categorías: derechos patrimoniales o económicos y derechos administrativos o corporativos. Entre los derechos patrimoniales podemos destacar los siguientes: el derecho a participar en los dividendos y a la cuota de liquidación (artículo 2350); el derecho de suscripción preferente en el supuesto de ampliación del capital social (artículo 2441); y el derecho de separación ante la adopción por parte de la junta de determinados acuerdos cuando el accionista no haya votado a favor del mismo (artículo 2437). Y entre los derechos administrativos destacaríamos los siguientes: derecho de asistencia a la junta (artículo 2370); derecho de voto (artículo 2351.1); derecho a impugnar los acuerdos de la junta cuando se cumplan determinadas condiciones (artículo 2377); derecho a denunciar ante el colegio sindical, que es el órgano encargado del control y vigilancia de la administración, las actuaciones de los administradores que se consideren censurables (artículo 2408.1); derecho a examinar el balance de la sociedad con anterioridad a la aprobación en junta (artículo 2429.3); derecho a consultar el libro de socios, el de reuniones y el de las deliberaciones de la junta (artículo 2422.1)

1.4. Otras medidas

Finalmente, el artículo relativo a las medidas aplicables a las *start up*, en cuanto a derogación del Derecho societario, hace referencia a unas exenciones en el pago de determinados impuestos de las que se pueden beneficiar las *start up* y las Incubadoras.

En concreto, estas sociedades quedan exentas del pago del impuesto del timbre y del derecho de secretaría, en el momento de la inscripción de las sociedades en el Registro Mercantil, y el pago del derecho anual a la Cámara de comercio (artículo 26.8 del Decreto Legislativo)²⁹). A pesar de que esta exoneración no implica un gran ahorro para la sociedad, es una prueba de la voluntad de flexibilizar el régimen aplicable a las *start up*.

2. DEROGACIÓN APLICABLE A LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

El Decreto Legislativo núm. 179 prevé, como hemos anunciado, además de unas excepciones del Derecho societario aplicables a todos los tipos sociales, unas aplicables tan solo a las sociedades de responsabilidad limitada, que afectan a las siguientes cuestiones: el contenido de los derechos de las participaciones sociales; la vinculación de las participaciones sociales a productos financieros que se ofrecen al público; y la negociación de las participaciones propias.

En primer lugar, las participaciones en las que se divida el capital social de una *start up*, con forma de sociedad de responsabilidad limitada, pueden contener diversos derechos, puesto que el Decreto Legislativo permite crear diversas categorías de participaciones según el contenido de derechos. La existencia de esas categorías debe estar recogida en los estatutos sociales (artículo 26.2 del Decreto Legislativo).

En cuanto a la proporcionalidad de las participaciones sociales y los derechos que confieren, el Derecho societario común prevé, que el contenido de los derechos sociales debe ser proporcional a las participaciones sociales que posea cada socio (artículo 2468.2 del Código Civil italiano). A pesar de ello, se admite como excepción, la posibilidad de atribuir de forma individual a algunos socios derechos relativos a la administración de la sociedad y a la distribución de beneficios (artículo 2468.3 del Código Civil italiano)³⁰). Como derogación del Derecho societario común, el régimen establecido en el Decreto Legislativo núm. 179 permite alterar la proporcionalidad cuando la *start up* sea una sociedad de responsabilidad limitada. En concreto, el Decreto Legislativo (artículo 26.2) prevé que en las *start up* se puedan crear diversas categorías de participaciones sociales cuyo contenido no se adecúe a lo previsto en el Código Civil italiano (en concreto, los apartados 2 y 3 del artículo 2468). Por tanto, el Decreto Legislativo admite la posibilidad de que en las *start up* de responsabilidad limitada los derechos que se atribuyan a cada socio puedan no ser proporcionales a su participación. En la misma línea, el Decreto Legislativo admite la posibilidad de derogar la posibilidad de atribuir a algunos socios derechos relativos a la administración y distribución de beneficios (apartado 3 del artículo 2468 del Código Civil italiano). Sin embargo, queremos poner de relieve que,

en nuestra opinión, esta derogación no tiene razón de ser, puesto que en sí misma es una excepción, al atribuir de forma individual a algunos socios derechos relativos a la administración de la sociedad y al reparto de beneficios³¹).

En segundo lugar, el Decreto Legislativo admite, la posibilidad de crear participaciones sociales sin derecho a voto, con un derecho de voto que no sea proporcional al valor de las participaciones o bien un derecho limitado a algún asunto o condicionado a ciertas circunstancias no subjetivas (artículo 26.3). La existencia de esta derogación debe estar contemplada en los estatutos de la *start up*. Esta excepción del derecho de voto debe ponerse en relación con el contenido del Código Civil italiano (artículo 2479), que recoge el ámbito de competencias de la junta. En concreto, el Código Civil italiano reconoce el derecho de cada uno de los socios a participar en las decisiones que sean competencia de la junta con un voto que debe ser proporcional a su participación social (artículo 2479.5). Por tanto, una interpretación conjunta de los dos artículos permite concluir que en el caso de la *start up* es posible vetar o limitar ese derecho de voto en los asuntos que son competencia de la junta, establecidos no sólo en el Código Civil italiano sino también los ampliados por los estatutos sociales³²).

En tercer lugar, las participaciones sociales de una *start up* pueden ser objeto de un producto financiero. El Decreto Legislativo (artículo 26.5) admite la posibilidad, en derogación de la prohibición prevista en el Código Civil italiano (artículo 2468.1), que establece que las participaciones sociales no se pueden representar como acciones ni pueden ser objeto de oferta al público de producto financiero. En este sentido, la razón de ser de esta prohibición se encuentra en negar la posibilidad de solicitar una inversión exterior sobre la base del carácter cerrado de las sociedades de responsabilidad limitada³³). El Decreto Legislativo, con la finalidad de impulsar la innovación y la tecnología, permite el acceso a la inversión de terceros, por ello admite que las participaciones de las *start up* se puedan ofrecer al público como producto financiero a través de un portal on-line que está previsto para la captación de capital riesgo en el caso de las *start up* ³⁴). Por tanto, será posible proceder a la venta on line de las participaciones sociales para la captación de capital³⁵).

Y en cuarto lugar, el Decreto Legislativo contempla una excepción a la prohibición que recae sobre los negocios con las propias participaciones. En atención a lo previsto en el Código Civil italiano (artículo 2474), la sociedad de responsabilidad limitada en ningún caso puede adquirir acciones propias o aceptarlas en garantía ni conceder préstamos o dar garantías para su compra o suscripción³⁶). Sin embargo, el Decreto Legislativo (artículo 26.6) prevé que esta prohibición no es aplicable cuando las participaciones formen parte de un plan de incentivos para los trabajadores, miembros del órgano de administración y colaboradores externos, consistente en la posibilidad de que adquieran participaciones de la sociedad con un régimen fiscal favorable³⁷).

V. CONCLUSIONES

El análisis realizado, después del estudio comparado del régimen jurídico societario aplicable a la actividad emprendedora en Italia y en nuestro país, nos permite concluir que podría ser necesaria una reforma en Derecho español, en la misma línea que se ha hecho en Italia y en otros países de nuestro entorno.

La superación de la crisis económica exige un cambio de rumbo de la economía y una de las formas para lograrlo es impulsar los sectores basados en la tecnología y el conocimiento. Por ello, es necesario establecer un régimen adaptado a las necesidades de las empresas cuyo objeto social sea una actividad o producto innovador. En Italia se están adoptando medidas en este sentido, como hemos tenido la ocasión de comprobar con el análisis del régimen jurídico de las *start up*. A pesar de ello, aún se desconocen cuáles van a ser sus resultados, teniendo en cuenta que el régimen de las *start up* se aprobó hace escasamente un año. A ello se une que los cambios legislativos en Italia, intentado dar un cambio de rumbo a la situación económica, son constantes y de gran calado, lo que genera cierta desconfianza en los profesionales del Derecho.

Desde el punto de vista mercantil, el Derecho Italiano ha adaptado el régimen común a las necesidades de las *start up*, en unos casos, eximiendo de determinadas obligaciones, y, en otros, levantado algunas prohibiciones. Debemos destacar que el Decreto Legislativo núm. 179 presta especial atención a las *start up* que adoptan la forma de sociedad de responsabilidad limitada, puesto que, en Italia, de la misma forma que en España es, con diferencia, la forma social más utilizada.

Las medidas que conforman el régimen jurídico de las *start up* afectan al momento de su constitución y a su desarrollo. Por un lado, con la finalidad de crear un sistema favorable a la constitución de las *start up*, el Decreto Legislativo las eximen del pago de determinados impuestos, que a pesar de que no ser una cantidad relevante, supone un ahorro. Por otro lado, se flexibilizan algunas obligaciones vinculadas a la situación de pérdidas de las *start up*. En este sentido, se otorga una prórroga en el caso de reducción obligatoria de capital cuando las pérdidas lo

hayan disminuido como mínimo en un tercio y en el caso de que las pérdidas dejen el capital social por debajo del capital social mínimo, que es un supuesto de disolución obligatoria. De este modo, se pretende dar una mayor oportunidad a las empresas de la innovación en las que se asume que durante los primeros años de vida sus beneficios no van a ser elevados.

La especial atención que presta el Decreto Legislativo a las *start up* con forma de sociedad de responsabilidad limitada obedece a la necesidad de facilitar su financiación. Por ello, se permiten determinadas situaciones que están expresamente prohibidas en las sociedades de responsabilidad limitada que no sean *start up*. Estas medidas permiten la creación de categorías de participaciones sociales con diferentes derechos, la limitación de los derechos de voto en algunas participaciones sociales, la posibilidad de convertir las participaciones sociales en productos financieros que puedan ser ofrecidas al público en general y en admitir las negociaciones con las participaciones sociales propias.

En nuestra opinión, el conjunto de medidas mencionadas son un primer paso para dar un cambio a la economía del país. Sin embargo, éstas deberán ser ampliadas, puesto que en el ámbito societario, como hemos comprobado, tan sólo hay alguna flexibilización del régimen común y, con toda probabilidad, no será la razón por la que se decida emprender una actividad basada en la innovación y tecnología. No obstante, debido a la reciente vigencia de este régimen jurídico en Italia, será necesario esperar para comprobar si se cumplen las expectativas fijadas en el mismo y poder evaluar sus resultados y, por tanto, compararlo con la futura reforma en España en materia de emprendimiento e innovación, que con toda seguridad se aprobará³⁸³⁹).

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Diritto commerciale*, Cian (coord.) [Giappichelli], 2013, Vol. 2.

ALBERTI, M.: *Commentario breve al Diritto delle società* [CEDAM], 2011.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «Financiación para empresas innovadoras: capital riesgo, business angels, crowdfunding», en *D. La Ley* núm. 8033, 28 de febrero de 2013.

ANDREANI, G. y TUBELLI, A.: «Semplificazioni in arrivo per start-up innovative e incubatori certificati», en *Corr. Trib.* núm. 42/2012, pgs. 3225 a 3231.

«Apporti di opere e servizi a favore di *start up* innovative e incubatori certificati», en *Corr. Trib.*, núm. 24/2013, pgs. 1903 a 1909.

«Misure di favore per nascita e sviluppo di imprese start-up innovative e incubatori certificati», en *Corr. Trib.*, núm. 3/2013, pgs. 254 a 258.

CAMPOBASSO, M.: *Diritto commerciale* [UTET], 2012, Vol. 2, Diritto delle società.

CIAN, G. y TRABUCCHI, A.: *Commentario breve al Codice Civile* [CEDAM], 2009

CIAN, M.: «Le società Start-up innovative. Problemi definitivi e tipologici», en prensa, 2013.

«S.r.l., s.r.l. semplificata e s.r.l. a capital ridotto», en *Rivista della società* núm. 57/2012, noviembre diciembre, pp. 1101 a 1123.

CIFARELLI, R.: «Le start-up innovative», en *Giornale di Diritto amministrativo* núm. 3/2013, pp. 245 a 249.

FERRARA, F. y CORSI, F.: *Gli imprenditori e le società* [Guiffrè Editore], 2011

FERRANTI, G.: «La detassazione degli investimenti nelle start-up innovative», en *Corr. Trib.* núm. 42/2012, pp. 3233 a 3238.

GALGANO, F.: *La Società*, en *Diritto Commerciale*, Vol. 2, [CEDAM], 2013.

GALGANO, F. y GENGHINI, R.: «Le nuove società di capitali e cooperative», en *Trattato di Diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. 29, T. I, [CEDAM], 2006.

«Gli Statuti delle nuove società di capitali», en *Trattato di Diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*,

MALTONI, M. y SAPADA, P.: «L'impresa *start up* innovativa costituita in società a responsabilità limitata», en www.cavereresponder.it.

MORERA, U., OLIVIERI, G., PERASSI, M., PRESTI, G. y VELLA, F.: *Il diritto delle società* [Il Mulino], 2012.

PEREÑA VICENTE, M.: «Instrumentos jurídicos para impulsar el crecimiento económico o cómo proteger el patrimonio personal del emprendedor», en *D. La Ley* núm. 7929, de 24 de septiembre de 2012.

PRESTI, G. y RESCIGNO, M.: *Corsi di diritto commerciale* [Zanichelli], 2013.

RESCIGNO, P.: *Le fonti del Diritto italiano. Codice Civile*, T. II, G.P. Cirillo, V. Cuffaro y F. Roselli (coord.) [Guiffrè Editore], 2008.

SANDEI, C.: *Organizzazione societaria e information technology* [CLEUP], 2010.

SERRRA, L.: «Start-up innovativa», en www.altalex.com/index.php?idnot=61299

SOLER BELDA, R. R.: «De mercader a emprendedor», en *D. La Ley*, núm. 8142, fecha de 5 de septiembre 2013.

1 El Consejo Europeo manifiesta la necesidad de potenciar la innovación y la competencia en los servicios digitales. Afirma que aquellos Estados que han apostado por la innovación e investigación han lidiado mejor con la crisis que aquellos que no lo han hecho. Por ello, anima a los Estados Miembros a proseguir con sus esfuerzos en materia de innovación e investigación.

2 El texto se puede consultar en la siguiente dirección: <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/entrepreneurship-innovation/startup-europe-0>

3 El texto se puede consultar en la siguiente dirección: http://www.mef.gov.it/doc-finanza-pubblica/def/2012/documenti/PNR_2012_xissn_on-linexPROTETTOx.pdf.

4 El texto se puede consultar en la siguiente dirección: <http://www.expansion.com/2013/07/22/emprendedores-empleo/empredimiento/1374511942.html>.

5 *Vid.* MALTONI, M. Y SAPADA, P.: «L'impresa *start up* innovativa costituita in società a responsabilità limitata», en www.cavereresponder.it.

6 *Vid.* CIAN, M.: «Le società Start-up innovative. Problemi definitivi e tipologici», en prensa, 2013.

7 La *Legge fallimentare* contempla diversos procedimientos concursales, a diferencia del único procedimiento regulado en la Ley Concursal española. En este sentido, es posible distinguir, por un lado, unos procedimientos de carácter general y, por otro, unos de carácter especial aplicables tan solo a empresas de grandes dimensiones y aquellas de algunos sectores económicos determinados. En cuanto a los procedimientos generales, debemos distinguir entre aquellos procedimientos judiciales y los que son administrativos. Los primeros son el *concordato preventivo* y el *fallimento* y el procedimiento administrativo es la *liquidazione coatta amministrativa*, que es aquel procedimiento destinado a las empresas sujetas a control público. El *concordato preventivo* es un procedimiento que tiene como finalidad lograr un acuerdo entre el deudor y los acreedores. Este acuerdo es propuesto por el deudor sobre la base de un plan que tiene que ser de carácter reorganizativo, liquidatorio o mixto. Una vez el juez competente ha comprobado la regularidad de la documentación aportada, convocará a los acreedores. Este convenio debe ser aprobado por la mayoría del pasivo con derecho a voto y homologado por el Tribunal que comprueba el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, aunque sin entrar a valorar la conveniencia para los acreedores. Este procedimiento permite la continuación de la actividad del deudor para la satisfacción de los acreedores. La declaración de *fallimento* es procedente cuando el empresario se encuentra en un estado de insolvencia, que es aquel en el que el deudor no puede satisfacer regularmente las obligaciones contraídas (artículo 5.2 *Legg. Fall.*). El *fallimento* puede finalizar en liquidación o bien en convenio. La liquidación es la realización de los bienes y derechos para el pago de los créditos que integran la masa pasiva conforme a un plan redactado por el *curatore*, previo informe favorable del comité de acreedores y aprobado por el juez-delegado (artículos 124 a 131 *Legg. Fall.*). Y el convenio es el acuerdo entre el deudor y los acreedores que puede ser propuesto por el deudor, por los acreedores o por un tercero ante el juez delegado. Este acuerdo está sometido al parecer del *curatore* y del comité de acreedores y posteriormente deberá ser aprobado por los acreedores que representen la mayoría de los créditos admitidos a voto.

8 *Vid.* ANDREANI, G. y TUBELLI, A.: «Semplificazione in arrivo per start-up innovative e incubatori certificati», en *Corriere Tributario* (Corr. Trib.) núm. 42/2012, pgs. 3230 y 3231.

9 En atención a lo previsto en el artículo 6.1 de la Ley 3/2012, por sobreendeudamiento se debe entender aquella situación de desequilibrio persistente entre las obligaciones asumidas y el patrimonio fácilmente liquidable, lo que determina la dificultad para hacer frente a esas obligaciones o la incapacidad de cumplirlas regularmente.

10 Sobre el tema, *vid.* PRESTI, G. y RESCIGNO, M.: *Corso di diritto commerciale* [Zanichelli], 2013, pgs. 239 a 324.

11 El artículo 7 de la ley 3/2012 establece que la propuesta del deudor debe contener las siguientes previsiones: el pago regular

de los créditos por alimentos, el pago de los impuestos a la Unión Europea y del IVA; los plazos y modos de pago de otros créditos; las eventuales garantías de terceros; el procedimiento de una eventual liquidación de bienes futuros; el eventual encargo a un gestor que proceda a la liquidación de los bienes; y la situación fiscal del deudor y causas eventualmente pendientes.

12 *Vid.* PEREÑA, M.: «Instrumentos jurídicos para impulsar el crecimiento económico o cómo proteger el patrimonio personal del emprendedor», en *Diario La Ley (D. La Ley)* núm. 7929, de 24 de septiembre de 2012.

13 Esta cuestión es altamente destacable, puesto que la mayoría de sociedades que se constituyen en nuestro país adopta la forma de sociedad de responsabilidad limitada.

14 En este punto, es posible mencionar que con anterioridad a la regulación vigente, se podía distinguir entre la sociedad de responsabilidad limitada simplificada y la sociedad de responsabilidad limitada a capital reducido. La primera estaba regulada en la Ley núm. 27, de 24 de octubre de 2012, y se caracterizaba por ser una sociedad compuesta únicamente por socios personas físicas que no hubiesen cumplido los 35 años, el capital social debía estar entre 1 euro y los 10.000 euros, la administración de la sociedad debía estar en manos de los socios, el contrato o acto unilateral de la sociedad debía responder a un modelo estándar y la constitución no estaba sujeta al pago de los honorarios del Notario. La segunda estaba regulada en la Ley núm.

134, de 7 de agosto de 2012, seguía una regulación muy similar a la anterior pero con la diferencia de que la edad de los socios debía superar los 35 años y el contrato o acto unilateral de la sociedad no estaba sujeto a un modelo estándar.

15 De acuerdo con lo previsto en los capítulos V, VI y VII del Título V y Título VI del Código Civil italiano.

16 La Sociedad Europea está regulada en el Reglamento CE 2157/2001, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

17 El Mercado regulado es aquel sistema multilateral que facilita el encuentro de los intereses de adquisición y venta de instrumentos financieros según las reglas del mercado. En concreto, en Italia es aquel elenco de mercados autorizados por la CONSOB (Comisión Nacional para la Sociedad y la Bolsa), los reconocidos por el ordenamiento comunitario y los reconocidos en virtud de un acuerdo internacional. En Italia estos mercados son los siguientes: Mercato Telematico Azionario («MTA»); Mercato telematico degli OICR aperti ed ETC; Mercato telematico delle obbligazioni («MOT»); Mercato telematico dei securitised derivatives («SeDeX»); Mercato telematico degli investment vehicles («MIV»); Mercato degli strumenti derivati («IDEM»); Mercato Telematico all'ingrosso dei Titoli di Stato («MTS»); Mercato BondVision per la negoziazione via internet all'ingrosso di Titoli di Stato; Mercato all'ingrosso delle obbligazioni non governative e dei titoli emessi da Organismi Internazionali partecipati da Stati («MTS Corporate»).

18 El sistema multilateral de negociación es un sistema alternativo al mercado regulado, reservado a las empresas de inversión, banca y gestoras del mercado regulado.

19 La Ley núm. 99, de 9 de agosto de 2013, de conversión del Decreto Legislativo núm. 76, de 28 de junio de 2013, ha suprimido el primer requisito que contemplaba el Decreto núm. 179, que consistía en que la mayoría de las acciones o participaciones, así como el derecho de voto debía corresponder a personas físicas en el momento de la constitución y durante los veinticuatro meses siguientes.

20 La determinación del objeto prevalente o exclusivo vendrá dado por el resultado económico de la actividad efectivamente desarrollada por la sociedad. *Cfr.* MALTONI, M. y SAPADA, P.: en www.cavereresponder.it.

21 En este sentido, *vid.* CIAN, M.: en prensa.

22 Querríamos poner de relieve que el legislador italiano parte de la veracidad de la declaración del representante de la *start up*, y que, a pesar de que en muchas ocasiones esto no se cumpla, el régimen de la *start up* no prevé ninguna reacción a la falsedad de esa declaración.

23 Según la doctrina consolidada que para el cálculo de las pérdidas se debe haber compensado el resultado obtenido con las reservas de la sociedad. Esa cifra resultante es la que se considera pérdida a efectos de los artículos citados del Código Civil italiano. *Vid.* CIAN, G. y TRABUCCHI, A.: «Riduzione del capitale per perdite» (artículo 2446), *Commentario breve al Codice Civile* [CEDAM] 2009, pp. 2928.

24 En este punto es de destacar que el artículo 2446 del Código Civil italiano no establecen un plazo máximo dentro del cual la junta deba ser convocada. Por ello, consideramos que se debe aplicar el artículo 2631 de Código Civil italiano, que prevé que en aquellos casos en los que la ley omite el plazo para la convocatoria de la junta, esta debe ser convocada dentro los 30 días siguientes a partir del momento en que se tenga conocimiento de la obligación de convocarla.

25 En este sentido, se entiende que la causa de disolución obligatoria por encontrarse el capital social por debajo del mínimo legal puede quedar suspendida, a condición de que se adopte alguna de las soluciones previstas en el artículo 2447 del Código Civil italiano, esto es, el aumento de capital o bien la transformación. *Vid.* ALBERTI, M.: *Commentario breve al Diritto delle società* [CEDAM], 2011, p. 1090.

26 El régimen de la disolución por pérdidas y la reducción de capital obligatoria están en suspensión desde el año 2008, puesto que ese año se aprobó el Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, con diversas medidas financieras y económicas que tenían como finalidad mejorar la liquidez de las pequeñas y medianas empresas. Este Real Decreto-Ley, que sólo debía tener una vigencia de dos años, por tanto, afectaba a los ejercicios de los años 2008 y 2009, ha sufrido varias prórrogas: la primera prórroga de dos años en el año 2010, introducida por el Real Decreto-Ley 5/2010, de 31 de marzo (afectaba a los ejercicios cerrados en los años 2010 y 2011); la segunda prórroga por otro año en el 2012, introducida por el Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero (afectaba al ejercicio cerrado en el año 2012); y finalmente con el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero (afecta al ejercicio cerrado en el año 2013).

27 *Vid.* Artículo 1 del Decreto Legislativo núm. 58, de 24 de febrero de 1998, por el que se aprueba el Texto único de la Finanza (T.u.f.) (revisado en año 2013) en el que se recogen una serie de definiciones como el de instrumento financiero.

28 El artículo 2479 del Código Civil italiano prevé los asuntos reservados a la decisión de los socios reunidos en junta (que están reproducidos en el pie de p. 32) y en el artículo 2479 bis del mismo se contempla el régimen aplicable a la convocatoria y

la deliberación de la junta.

29 En la actualidad, por poner un ejemplo, los impuestos que debe pagar una sociedad de responsabilidad limitada son los siguientes: impuesto del registro de 168 euros; impuesto del timbre de 156 euros; tasa de archivo de 27,50 euros; derecho de secretaria de la Cámara de Comercio de 90 euros; y el derecho anual de la Cámara de Comercio de 200 euros. Por tanto, una *start up* que adoptase la forma de sociedad de responsabilidad limitada se ahorraría 446 euros.

30 A pesar de que el texto del artículo establece que es posible atribuir a un socio, de forma individual, derechos relativos a la administración de la sociedad o la distribución de beneficios, la conjunción «o» debe ser interpretada como «y». *Vid.* ALBERTI, M.: *Commentario breve...*, *op. cit.*, pg. 1187.

31 Resulta relevante el hecho de que la atribución de esas ventajas respecto a la administración y reparto de beneficios se otorgan de forma individual a uno o varios socios. De ello se deriva, que esas ventajas no se transmiten con la participación social. *Vid.* ALBERTI, M.: *Commentario breve...*, *op. cit.*, pg. 1187.

32 El artículo 2479.1 del Código Civil italiano prevé que la junta tiene competencia sobre los siguientes asuntos: 1) la aprobación del balance y la distribución de beneficios; 2) la retribución de los administradores; 3) la retribución de los órganos de vigilancia de las cuentas de la sociedad; 4) la modificación de los estatutos; 5) la modificación sustancial del objeto social y de los derechos de los socios.

33 *Vid.* CIAN, G. y TRABUCCHI, A.: «Quote di partecipazione» (artículo 2468), *Commentario breve al Codice Civile* [CEDAM], pg. 2977.

34 En este sentido, se afirma que el legislador otorga prevalencia a la captación de inversión frente al carácter personal de las sociedades de responsabilidad limitada. *Vid.* ANDREANI, G. y TUBELLI, A.: «Semplificazione in arrivo per start-up innovative e incubatori certificati», en *Corr. Trib.* núm. 42/2012, pg. 3229.

35 En este punto, queremos hacer una breve referencia a la novedad que el Decreto Legislativo núm. 179 introduce en la Ley núm. 58, de 24 de febrero de 1998, en materia de soporte para la captación de capital riesgo. Se crea un portal para la captación de capital riesgo que es aquella plataforma on line que tiene como finalidad exclusiva facilitar la captación de capital riesgo por parte de las *start up* y que es gestionado por una empresa de inversión o banco autorizado para los servicios públicos. El régimen aplicable a las *start up* está previsto en el artículo 30 del Decreto Legislativo.

36 A pesar de que el artículo 2474 del Código Civil italiano hace mención a la prohibición de adquirir participaciones propias, este concepto debe ser interpretado de forma amplia, de tal modo que también se entienda que la prohibición se extiende a la suscripción de participaciones propias. *Vid.* ALBERTI, M.: *Commentario breve...*, *op. cit.*, pg. 1222.

37 El artículo 27 del Decreto Legislativo núm. 179 hace referencia a la remuneración con instrumentos financieros de la propia *start up* e Incubadora a los administradores, dependientes y colaboradores.

38 A fecha 5 de noviembre de 2013, según datos del Registro Mercantil el número de *start up* inscritas en la sección especial era de 1304 y el de incubadoras era de 8. *Vid.*

<http://startup.registroimprese.it/report/startup.pdf><http://startup.registroimprese.it/report/listaIncubatori.pdf>.

39 El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto «Turismo y nuevas tecnologías; en especial, el régimen jurídico de las denominadas centrales electrónicas de reservas turísticas» (DER2012-32063) financiado por la Dirección General de Investigación, del Ministerio de Economía y Competitividad. Ha sido redactado durante mi estancia de investigación en la Universidad de Padova. Querría agradecer al Prof. Marco Cian la invitación para poder realizarla. Así mismo, querría agradecer a la Prof. Claudia Sandei y la Dott.ssa Laura Provasi sus recomendaciones y consejos.