

EL EMPRENDEDOR INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA COMO ALTERNATIVA A LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

Carlota Alonso Benito

*Graduada en Derecho por la Universidad de Zaragoza
Mejor expediente promoción Grado en Derecho 2010-2014
Premio Extraordinario Fin de Grado*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier CARVAJAL GARCÍA-VALDECASAS, don David GARCÍA-OCHOA MAYOR, don Alberto MANZANARES SECADES, don Juan José MARÍN LÓPEZ y don Antonio ZÁRATE CONDE.

EXTRACTO

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, introducida en el ordenamiento jurídico español por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Puede definirse como aquella institución por la que, mediante el cumplimiento de determinados requisitos formales, el empresario deja su vivienda habitual al margen de los riesgos asumidos en el desempeño de su actividad, asegurando que las deudas que contraiga no se harán efectivas sobre ella y evitando por lo tanto un posible desahucio en caso de que no pueda hacer frente a los gastos asumidos. La figura representa un intento de impulsar la actividad económica en nuestro país, pero ha sido negativamente criticada desde el momento de su aparición, y por ello las páginas que siguen tratan de determinar si el emprendedor de responsabilidad limitada constituye un instrumento eficaz para los fines que pretende o si, por el contrario, es un mecanismo carente de utilidad para la protección de aquellos que quieren comenzar una actividad empresarial. Como punto de partida, debe señalarse que la regulación que ha desarrollado nuestro legislador es muy escasa y está plagada de dudas y lagunas que se ponen de relieve en el presente trabajo.

Palabras claves: emprendedor de responsabilidad limitada, sociedad unipersonal, empresario individual de responsabilidad limitada, riesgos empresariales y vivienda habitual.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 10-07-2014

THE «LIMITED LIABILITY ENTERPRISING BUSINESSMAN» AS AN ALTERNATIVE TO SINGLE MEMBER COMPANY

Carlota Alonso Benito

ABSTRACT

This work examines the regulation of the so called «limited liability enterprising businessman», which was recently introduced in Spanish Law by the Bill 14/2013. The main feature of this figure is that by complying with some formal requirements, the usual residence of the businessman is exempt from the eventual debtshe/she might incur. Though it was intended to stimulate economic activity, this figure has been criticized since its very creation. In this context, this paper examines whether it is effective or useless. As a starting point, it has to be noted that the Spanish regulation is scarce and raises many doubts.

Keywords: «limited liability enterprising businessman», single member company, «limited liability individual businessman», business risks and usual residence.

Sumario

- I. La aparición del emprendedor de responsabilidad limitada en el Derecho español
 - II. La necesidad de limitación del riesgo asumido por el emprendedor y las distintas soluciones ofrecidas por el legislador
 1. El problema del riesgo ilimitado del emprendedor
 2. Propuestas de solución
 - III. La sociedad unipersonal
 1. Concepto y caracterización
 2. Régimen de la sociedad unipersonal en la Ley de Sociedades de Capital
 3. El riesgo y la responsabilidad del socio único por el ejercicio de la actividad empresarial a través de la sociedad unipersonal
 - IV. El emprendedor de responsabilidad limitada
 1. Introducción
 2. Concepto y caracterización
 3. Régimen del emprendedor de responsabilidad limitada
 4. Incidencia en el régimen de responsabilidad del emprendedor de la transmisión de la vivienda habitual
 5. Fin del régimen de limitación de responsabilidad
 - V. El emprendedor de responsabilidad limitada frente a la sociedad unipersonal
 1. Introducción
 2. Nula simplificación de los requisitos formales de constitución
 3. El reducido alcance de la limitación del riesgo
 4. El régimen de funcionamiento no reviste una menor complejidad
 5. El concurso de acreedores del emprendedor de responsabilidad limitada
 - VI. Conclusiones
- Bibliografía

I. LA APARICIÓN DEL EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN EL DERECHO ESPAÑOL

La introducción de la figura del emprendedor de responsabilidad limitada en el ordenamiento jurídico español se ha producido a través de la reciente Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Según algunos autores¹, esta nueva creación normativa aporta, a los pequeños y medianos empresarios, que representan un elevado porcentaje en el conjunto de la actividad empresarial en nuestro país², la posibilidad de asumir más riesgos y, con ello, de ampliar sus negocios sin que para ello deban cumplir las formalidades y exigencias económicas que implica la constitución de una sociedad capitalista. Dado el actual contexto de crisis económica, cabría pensar que permitirá incentivar la actividad empresarial mediante la aparición de nuevos emprendedores. En esta línea, también hay que señalar que la figura asegura al empresario el mantenimiento de su vivienda aun cuando su actividad económica no sea rentable o incluso le aboque a la insolvencia.

Son diversas y novedosas las posibilidades que ofrece esta nueva institución, y las mismas serán analizadas en este trabajo, aunque no puede negarse que solo la realidad práctica terminará por demostrar si realmente las ventajas que parecen surgir ante esta nueva figura son tan relevantes como las que la teoría parece poner de manifiesto.

II. LA NECESIDAD DE LIMITACIÓN DEL RIESGO ASUMIDO POR EL EMPRENDEDOR Y LAS DISTINTAS SOLUCIONES OFRECIDAS POR EL LEGISLADOR

1. EL PROBLEMA DEL RIESGO ILIMITADO DEL EMPRENDEDOR

Uno de los riesgos más importantes que conlleva la iniciación y desarrollo de una actividad empresarial es el impuesto por el artículo 1.911 del CC, precepto en el que se consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal, porque su excesivo rigor tiende a desincentivar,

¹ GARCÍA-VALDECASAS, J. A y MERINO ESCARTÍN, J. F.: «Resumen de la Ley de emprendedores y su internacionalización», en VV. AA., *El emprendedor de responsabilidad limitada. Artículos 7 a 11 y 14*, 2013 (accesible en <http://www.notariosregistradores.com/doctrina/resumenes/2013-emprendedores.html> –último acceso: 30 de septiembre de 2013–).

² Según datos de la Subdirección General de Apoyo a la Pyme, encuadrada en la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa (Ministerio de Industria, Energía y Turismo), a fecha 1 de enero del año 2013, existían en España 3.142.928 empresas, de las cuales el 99,88% eran Pymes (accesible en http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2014.pdf).

sobre todo en los momentos más desfavorables del ciclo económico, la puesta en marcha de sus proyectos por los denominados emprendedores³.

Este principio de responsabilidad patrimonial universal que consagra nuestro Código Civil no es exclusivo del ordenamiento jurídico español, sino que es un rasgo común del Derecho continental, siguiendo la teoría de la unidad del patrimonio⁴ establecida por Charles Aubry y Charles Rau. Esta creación doctrinal constituye el punto de partida principal de las distintas propuestas encaminadas a la limitación del riesgo del emprendedor, puesto que todas ellas tienen como objetivo evitar que todo el patrimonio del empresario quede afectado a los riesgos derivados de su actividad. Así, la teoría de la unidad del patrimonio se construye en torno a la idea de la existencia de un patrimonio personal único y unitario en el que están unidos para siempre todos los bienes, derechos y obligaciones atribuibles a una persona⁵. Pero las propuestas legislativas y doctrinales que tratan de combatir esta rígida concepción se enmarcan precisamente en el planteamiento contrario, es decir, aspiran a la ruptura del principio de la unidad patrimonial, y, con ello, a la creación, para una misma persona, de varios patrimonios separados, de manera que no todos ellos estén afectos a la actividad desarrollada por el empresario.

Comienzan a surgir así distintas propuestas que tienen por objeto construir fórmulas que permitan limitar el riesgo asumido por el empresario individual, tendiendo para ello hacia la idea de la creación de un conjunto patrimonial que sea independiente del patrimonio personal del emprendedor. En este marco, uno de los hitos más importantes lo representa la Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo en materia de sociedades, sobre la sociedad de responsabilidad limitada de un solo socio, de 21 de diciembre de 1989⁶.

2. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

2.1. Las soluciones propuestas en la Duodécima Directiva

Los principales hitos en materia de sociedad unipersonal en el marco de la Unión Europea, tras el progresivo reconocimiento de este tipo societario por el Derecho positivo desde comienzos del siglo XX, son el Programa de acción para las pequeñas y medianas empresas establecido mediante la Resolución del Consejo de 3 de noviembre de 1986, y, fundamentalmente, la Duodé-

³ PEREÑA VICENTE, M.: «Instrumentos jurídicos para impulsar el crecimiento económico o cómo proteger el patrimonio personal del emprendedor», *Diario La Ley*, n.º 7.929, septiembre de 2012, pág. 1.

⁴ MARTIN, D.: «L'affectation d'un patrimoine: Constitution du patrimoine», en Terré, F., *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec, 2011, pág. 25.

⁵ PEREÑA VICENTE, M.: «Instrumentos jurídicos...», cit., pág. 2.

⁶ Esta directiva fue sustituida por la versión codificada contenida en la Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único.

cima Directiva 89/667/CEE del Consejo en materia de sociedades, sobre la sociedad de responsabilidad limitada de un solo socio, de 21 de diciembre de 1989. La Duodécima Directiva admite la sociedad unipersonal originaria y sobrevenida con el objetivo de fomentar la limitación del riesgo del empresario individual a fin de incentivar la creación y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas. Además, recoge una nueva figura, al establecer en su artículo 7 que un Estado miembro puede no permitir en su ordenamiento la existencia de sociedades unipersonales siempre que prevea la figura del empresario individual de responsabilidad limitada y esta figura esté dotada de unas garantías equivalentes a las que se reconocen a la sociedad unipersonal.

Finalmente, conviene tomar en consideración la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre sociedades unipersonales de responsabilidad limitada, de 9 de abril de 2014, que tiene como objetivo primordial fomentar la actividad empresarial de las sociedades unipersonales eliminando las dificultades que deben sortear si quieren invertir en otros Estados miembros de la Unión Europea, como consecuencia de las diferencias existentes en las distintas regulaciones nacionales de los requisitos de constitución y del régimen de funcionamiento de las sociedades unipersonales, lo que a menudo genera elevados costes legales y administrativos que dificultan en gran medida la creación de filiales en cualquier otro punto del territorio comunitario diferente al Estado de origen. La Propuesta toma como base legal el artículo 50.2 f) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que propugna la progresiva abolición de las restricciones a la libertad de establecimiento en lo que a las condiciones para el establecimiento de filiales en los distintos Estados miembros se refiere. Para ello recoge una serie de medidas de coordinación que deberán ser observadas en las legislaciones de todos los Estados miembros, debiendo estos informar a la Comisión Europea respecto de cualquier cambio legislativo que lleven a cabo en esta materia. La Propuesta se estructura en tres partes: una primera parte en la que se mantienen las reglas generales relativas a las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada que ya existían en la Duodécima Directiva (constancia registral de la situación de unipersonalidad, publicidad de dicha situación, obligación de que el socio único asuma todos los poderes de la sociedad documentando por escrito sus decisiones, o constancia por escrito de los contratos celebrados entre la sociedad y el socio único); una segunda parte referida a la *Societas Unius Personae* (SUP), y una tercera parte en la que se recogen unas reglas finales. Por el momento, se trata tan solo de una Propuesta de Directiva, pero, atendiendo a sus objetivos, puede convertirse en una norma fundamental para favorecer la armonización de las legislaciones nacionales en materia de sociedad unipersonal, permitiendo que el régimen de constitución y funcionamiento de este tipo societario sea más similar en todos los Estados miembros y, con ello, se incrementen en gran medida sus posibilidades de expansión y de financiación en el exterior.

2.2. La implementación de la Duodécima Directiva por los Estados miembros. En particular, el modelo francés de constitución de un patrimonio de afectación separado

La Duodécima Directiva planteó dos principales propuestas para la limitación del riesgo del empresario individual: la sociedad de capital unipersonal, ya ampliamente desarrollada mucho antes de la elaboración de esta norma comunitaria, y la figura del empresario individual de responsabilidad limitada.

El modelo de la sociedad unipersonal fue acogido inicialmente por los ordenamientos jurídicos de Dinamarca (1973), Alemania (1980), Francia (1985), Países Bajos (1986) y Bélgica (1987) y, posteriormente, por los restantes Estados miembros de la Unión Europea. En particular, resulta especialmente interesante estudiar las soluciones adoptadas por el legislador francés. En un primer momento optó por la adopción del modelo de sociedad unipersonal (*l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée*, la EURL). Sin embargo, el transcurso de los años demostró que la estructura de este tipo societario revestía una complejidad excesiva para los pequeños empresarios y un formalismo demasiado exigente para las empresas modestas y de pequeñas dimensiones. Así, según datos de 2008 del Ministerio de Economía francés, después de 25 años de existencia, el régimen de la sociedad unipersonal (EURL) había sido poco utilizado por los empresarios, puesto que las sociedades unipersonales no representaban más del 6,2% del total de las empresas existentes en Francia, aun cuando cerca de la mitad de las empresas francesas estaban impulsadas por empresarios individuales actuando de manera personal, es decir, sin estar amparados por la protección de la personalidad jurídica de una sociedad de capital. Esta tendencia se acentuó con la crisis económica, puesto que un año después, en 2009, los empresarios individuales representaban más del 74% del total de las empresas francesas, pero, en cambio, menos del 4% de las mismas habían sido constituidas adoptando las estructuras de la sociedad unipersonal⁷. Por otro lado, es necesario remarcar que, ya desde el año 2003, existía la denominada *insaisissabilité*, una estructura que puede ser considerada como antecedente del empresario individual de responsabilidad limitada, puesto que su razón de ser era la posibilidad de dejar al margen del riesgo de la actividad empresarial los bienes necesarios para la supervivencia de la familia. Así, el artículo 526.1 del *Code de Commerce* permitía que una persona física inscrita en el registro público correspondiente, o que ejerciera una actividad profesional, pudiera declarar al margen de su actividad los derechos que ostentare sobre el bien inmueble que constituyera su residencia principal. Esta posibilidad tampoco gozó de buena acogida por parte de los empresarios franceses, puesto que apenas se formularon unas 20.000 declaraciones⁸. En el año 2008, aparece el estatuto del *auto-entrepreneur*, basado en la simplificación del tratamiento fiscal de los pequeños empresarios, eliminando la obligación de abonar cotizaciones sociales mínimas y otras cargas sociales a aquellos empresarios cuyas cifras de negocio no excedieran de determinados límites legalmente fijados⁹, y determinando que las cantidades a pagar en concepto de impuestos fueran fijadas únicamente sobre los beneficios obtenidos. A diferencia de lo sucedido con la *insaisissabilité*, el estatuto del *auto-entrepreneur* sí tuvo un gran éxito, porque, desde su entrada en vigor el 1 de enero del año 2009, fueron formuladas aproximadamente unas 360.000 declaraciones.

Finalmente, a través de la Ley de 15 de junio de 2010, nace en Francia el modelo del empresario individual de responsabilidad limitada, cuya característica fundamental es la posibilidad

⁷ HOUTCIEFF, D.: *Promulgation de la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée: Chronique d'une révolution annoncée*, 2010, «Préalables: de l'EURL à l'EIRL» (accesible en <http://leblogdedimitrihoutcieff.blogspot.com/archive/2010/06/14/l-entrepreneur-individuel-a-responsabilite-limite-chronique.html> –último acceso: 9 de septiembre de 2013–).

⁸ MARTIN, D.: «L'affectation d'un patrimoine...», cit., págs. 26-27.

⁹ Una cifra de negocios que no excediese de 80.300 euros para las actividades comerciales, y 32.100 euros respecto de las actividades de servicios.

de afectar determinados bienes a la actividad empresarial o profesional del empresario, constituyendo de esta manera un patrimonio distinto de su patrimonio personal, pero sin que ello implique la formación de una persona jurídica, puesto que el patrimonio afectado a su actividad carece de personalidad jurídica propia. Esta carencia de personalidad jurídica constituye la diferencia esencial entre el modelo del empresario individual de responsabilidad limitada y las regulaciones recogidas por algunos ordenamientos latinos.

La figura del empresario o empresa individual de responsabilidad limitada también es contemplada en los ordenamientos jurídicos de Chile, Paraguay, Liechtenstein, Portugal y algún otro país latinoamericano. Ahora bien, es preciso realizar ciertas matizaciones, puesto que, si bien el legislador portugués sí se ha inspirado en los mismos principios que el francés para la creación del patrimonio separado de afectación¹⁰, no sucede lo mismo en Chile y en Paraguay, porque las legislaciones de estos países no han pretendido la creación de un patrimonio separado del empresario individual ni tampoco la formación de una sociedad unipersonal, sino que más bien han llevado a cabo una personificación de la empresa, entendiéndose que esta es un sujeto de Derecho separado y distinto del empresario, manteniendo con ello una concepción subjetivista de la empresa que la doctrina mercantilista rechaza desde hace mucho tiempo¹¹. En efecto, estas normas recogen un concepto de empresa en el que esta es confundida con la sociedad, con la persona jurídica: la empresa no es sujeto de Derecho, sino que lo es la persona jurídica, y no es la empresa la que asume los derechos y deberes surgidos del ejercicio de la actividad sino que tales obligaciones corresponden al empresario, y es por ese motivo a él a quien se dirigen las normas jurídico-mercantiles¹². En lo que respecta a la regulación en Liechtenstein, la Ley de 25 de noviembre de 1925 estableció tres institutos

¹⁰ Artículo 1 del Decreto-Ley de 25 de agosto de 1986 de Portugal: «1. Que cualquier persona singular que ejerza o pretenda ejercer una actividad comercial puede constituir al efecto un establecimiento individual de responsabilidad limitada. 2. El interesado afectará al establecimiento individual de responsabilidad limitada una parte de su patrimonio, cuyo valor representará el capital inicial del establecimiento. 3. Una persona solo puede ser titular de un único EIRL» (accesible en <http://dre.pt/pdf1sdip/1986/08/19400/21482156.pdf>).

¹¹ Así, el artículo 2 de la Ley chilena de 11 de febrero del 2003 (accesible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207588>) por la que se autoriza el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada, indica muy significativamente lo siguiente: «La empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto; podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas». En términos similares, el artículo 15 de la Ley paraguaya 1034/83 (accesible en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pry_ley1034.pdf) se refiere a la empresa individual de responsabilidad limitada de la siguiente manera: «Toda persona física capaz de ejercer el comercio podrá constituir empresas individuales de responsabilidad limitada, asignándoles un capital determinado. Los bienes que formen el capital constituirán un patrimonio separado o independiente de los demás bienes pertenecientes a la persona física. Aquellos bienes están destinados a responder por las obligaciones de tales empresas».

¹² Si bien, como se ha indicado, la doctrina rechaza la concepción subjetiva de la empresa, debe apuntarse que no existe en la actualidad una concepción única de la empresa, una unidad conceptual, puesto que, dado que se trata de una realidad que interesa a muy diversos y diferentes sectores del Derecho, en cada uno de ellos se articula un concepto propio de empresa, y, en el mismo seno del Derecho Mercantil, no se ha elaborado un concepto único sino que la empresa es observada desde sus diferentes aspectos: objetivo (como objeto del tráfico jurídico), subjetivo (por corresponder sus titularidad al empresario) y dinámico (la empresa como actividad organizada).

distintos: la empresa individual de responsabilidad limitada (basada en la creación de uno o varios patrimonios de afectación por un empresario), el *Anstalt* (una empresa autónoma y organizada que nace con la inscripción en un registro) y la sociedad unipersonal.

2.3. Modelos de solución en España

En España, el pleno reconocimiento de la sociedad unipersonal¹³ se plasmó en el Derecho positivo a través de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada del año 1995, que reconocía la existencia de sociedades de responsabilidad limitada unipersonales en sus artículos 125 y siguientes, y establecía que este régimen era aplicable a las sociedades anónimas (disp. adic. segunda, apartado 23 de esta ley, y art. 311 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989). Lo más destacable de esta norma es que con ella se implementa en el Derecho español la Duodécima Directiva, si bien con notable retraso. En la actualidad, el régimen jurídico de la sociedad unipersonal se encuentra recogido en la Ley de Sociedades de Capital¹⁴.

Finalmente, como se expondrá a lo largo del presente trabajo, nuestro ordenamiento jurídico ha recogido la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, figura que nuestro legislador ha introducido en fechas muy recientes a través de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. No obstante, ya con anterioridad, en el año 1985, el Grupo Popular presentó en el Senado una proposición de ley sobre régimen jurídico de las empresas individuales de responsabilidad limitada¹⁵, que fue rechazada por la Cámara y cuyo artículo primero rezaba lo siguiente: «Se denomina Empresa individual de Responsabilidad Limitada a aquella persona jurídica que realice actividades empresariales de la que sea titular un solo individuo y que limite su responsabilidad hasta la cuantía de los bienes aportados a la empresa en los términos y condiciones contenidos en la presente ley. A los efectos de esta Ley, se entenderán equiparados a la

¹³ Este pleno reconocimiento llegó tras importantes pronunciamientos en este sentido, tales como las RDGRN de 11 de abril de 1945 y 21 de junio de 1990, así como también gracias a la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas de 1951.

¹⁴ La Ley de Sociedades de Capital, que recoge el régimen legal de la sociedad unipersonal en sus artículos 12 a 17, transcribió en estos preceptos lo dispuesto en los artículos 125 a 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, régimen aplicable a su vez a las sociedades anónimas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 311 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en virtud del cual, «Será de aplicación a la sociedad anónima unipersonal lo dispuesto en el Capítulo XI de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada». Cabe señalar que la única cuestión no recogida en ninguno de los dos textos, pero sí en la actual Ley de Sociedades de Capital, es la referente a las sociedades unipersonales públicas, a las que se refiere el artículo 17 de la LSC pero no ninguna de las dos leyes anteriores. Este artículo 17 dispone lo siguiente: «A las sociedades de responsabilidad limitada o anónimas unipersonales cuyo capital sea propiedad del Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones locales, o de organismos o entidades de ellos dependientes, no serán de aplicación lo establecido en el apartado segundo del artículo 13, el artículo 14 y los apartados 2 y 3 del artículo 16».

¹⁵ Puede encontrarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado) de 1 de febrero de 1985, núm. 223. Además de esta proposición de ley, en el año 2008 también se presentó una Proposición de Ley de regulación de la figura del empresario individual de responsabilidad limitada, iniciativa planteada por el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de mayo de 2008).

actividad empresarial, las actividades profesionales». Ahora bien, la definición de empresa individual de responsabilidad limitada que recoge esta proposición, al referirse a la empresa como una persona jurídica, parece apuntar a la concepción de la empresa que, como se ha señalado más arriba, establecen las leyes chilena y paraguaya. Por ello, a pesar de este antecedente, el modelo implantado por nuestro legislador a través de la LAEI no parece suponer una continuación de la propuesta realizada en 1985, puesto que en la figura del emprendedor de responsabilidad limitada no existe una empresa ni un sujeto de Derecho distinto de la persona física.

III. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

1. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN

La sociedad unipersonal es aquella integrada por un único socio, ya se trate de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada. Se trata del instrumento jurídico elegido de forma mayoritaria por los empresarios individuales para limitar el riesgo derivado del ejercicio de su actividad, lo que les facilita el acceso al ámbito empresarial y comercial, al tiempo que permite proteger los intereses de los terceros que con él se relacionan.

Tradicionalmente considerada, como ya se ha expuesto anteriormente, como una irregularidad o forma anómala de las sociedades de capital, la sociedad unipersonal es perfectamente admitida hoy en día por el ordenamiento jurídico español y, en particular, por nuestro Derecho de sociedades, constituyendo además un instrumento útil no solo para el empresario individual sino también para la creación de grandes grupos de sociedades.

2. RÉGIMEN DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

2.1. Formas de la sociedad unipersonal

El ordenamiento jurídico español da cobertura a la sociedad unipersonal anónima o de responsabilidad limitada, y ello con independencia de que la unipersonalidad sea originaria, lo que permite que la sociedad sea creada a través de un negocio jurídico unilateral, o sobrevenida, cuando todas las acciones o participaciones de la sociedad hayan pasado a ser propiedad de un solo socio con posterioridad al momento constitutivo¹⁶. A su vez, el socio único puede ser persona física o jurídica.

Desde el punto de vista del concepto legal, la sociedad unipersonal es aquella integrada por un socio único que es titular del derecho de propiedad sobre todas las acciones o participaciones. La ti-

¹⁶ El legislador, en el artículo 12 de la LSC, ha introducido el siguiente inciso: «Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales o las acciones que pertenezcan a la sociedad unipersonal».

tularidad del derecho de propiedad se constituye en nota definidora de la sociedad unipersonal, puesto que no puede afirmarse la unipersonalidad cuando exista un socio que ostente el mero control efectivo de la sociedad, pero sin ser propietario de todas las acciones o participaciones de la misma; tampoco cuando exista una copropiedad o multipropiedad sobre todas las acciones o participaciones aun constituyéndose un derecho de usufructo a favor de una sola persona, porque en este caso tampoco se cumplirá el requisito de la titularidad única del derecho de propiedad, aunque este es un supuesto en el que RONCERO SÁNCHEZ considera dudoso que pueda negarse de forma definitiva la concurrencia de una situación de unipersonalidad¹⁷. Pero, en sentido inverso, sí puede hablarse de sociedad unipersonal cuando una sola persona sea la propietaria de todas las acciones o participaciones y se hayan constituido derechos reales sobre las mismas en favor de otros sujetos. Un supuesto de especial relevancia es aquel en el que una sociedad se halla integrada por dos socios, siendo uno de ellos una sociedad íntegramente participada por el otro. Atendiendo al criterio de unipersonalidad formal que recoge la ley, no existirá una sociedad unipersonal, aun cuando se trata de un supuesto evidente en el que la pluripersonalidad formal encubre una unipersonalidad material¹⁸. En este marco, RONCERO SÁNCHEZ considera que hubiera sido conveniente que el legislador hubiese introducido alguna norma que permitiese considerar como unipersonales determinados supuestos de sociedades integradas formalmente por una pluralidad de socios, con la finalidad de evitar que mediante el recurso a las sociedades de favor pueda eludirse el cumplimiento del régimen previsto para la sociedad unipersonal¹⁹.

2.2. Requisitos formales para la constitución de la sociedad unipersonal

La constitución de una sociedad unipersonal, como sucede con cualquier tipo de sociedad de capital, exige el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil (art. 20 LSC), tras la cual la sociedad adquiere su personalidad jurídica (art. 33 LSC). El plazo para que la escritura pública sea presentada en el Registro Mercantil es de dos meses contados desde la fecha del otorgamiento²⁰ y, de acuerdo con el régimen general previsto en el artículo 32 de la

¹⁷ RONCERO SÁNCHEZ, A.: «La sociedad unipersonal como forma de organización de la pequeña y mediana empresa», en Alcalá Díaz, M. A. (coord.), *Creación, gestión estratégica y administración de la PYME*, Navarra: Civitas, 2010, pág. 145.

¹⁸ DÍAZ MORENO, A.: «La sociedad...», cit., págs. 259-260.

¹⁹ RONCERO SÁNCHEZ, A.: «La sociedad unipersonal...», cit., pág. 145.

²⁰ La sociedad estará en formación si los socios fundadores (el socio único en el caso de la sociedad unipersonal) tienen intención de proceder a la presentación de la escritura para la práctica de la inscripción y hasta que dicha presentación se produzca; de lo contrario, la ausencia de tal voluntad dará lugar a una sociedad irregular. La sociedad irregular tiene personalidad jurídica, tal y como así lo han reconocido doctrina y jurisprudencia, y también parece tenerla la sociedad en formación, ya que la doctrina (SÁNCHEZ CALERO, PAZ-ARES) estima que sí, y también la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece ir admitiendo que tiene personalidad «controlada o limitada», y ello por la necesidad de proteger a los acreedores, aunque esa necesidad de protección debe compaginarse con el principio de adquisición registral de la personalidad jurídica (STS de 8 de junio de 1995 (Ref. La Ley 14536/1995) y de 31 de mayo de 2006 (Ref. La Ley 60481/2006)). En el caso de la sociedad irregular, si se verifica la nula intención de los socios de instar la inscripción registral, y, en todo caso, una vez transcurrido un año desde la fecha del otorgamiento sin que se haya instado, se aplicará a la sociedad irregular el régimen jurídico de la sociedad colectiva o de la sociedad civil, adquiriendo esta forma societaria.

LSC, aplicable a todas las sociedades de capital, cabe afirmar que el socio único responderá de los daños y perjuicios que se irrogaren por el incumplimiento de este plazo. La escritura pública deberá ser otorgada por el socio único, debiendo asumir la totalidad de las acciones o participaciones y tendrá el contenido al que se refiere el artículo 22 de la LSC, incluyendo los estatutos (art. 23 LSC). Antes de la inscripción registral, debe solicitarse ante la Agencia Estatal de la Administración Tributaria un número de identificación fiscal para la sociedad, así como también han de abonarse los gastos derivados de la publicación de la inscripción en el BORME. Presentada la escritura pública de constitución, junto con los estatutos de la sociedad, el NIF de la misma y la justificación del pago de las tasas de publicación en el BORME, el registrador mercantil deberá proceder a la calificación e inscripción, en un plazo máximo de 15 días (art. 18.4 CCom.).

Según la disposición derogatoria de la LAEI por un nuevo procedimiento²¹ de constitución telemática contenido en los artículos 15 y 16 de esta norma, tratándose de sociedades de responsabilidad limitada con estatutos tipo (art. 15 LAEI), el procedimiento se lleva a cabo a partir de la cumplimentación del Documento Único Electrónico (DUE) en los Puntos de Atención al Emprendedor, produciéndose desde este momento la remisión a cada organismo de los datos necesarios para la tramitación del proceso de constitución. Así, se fijará la fecha y hora en que tendrá lugar el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la sociedad a través de la agenda electrónica notarial y, una vez autorizada esta escritura, se enviará copia de la misma a la Administración tributaria a través del sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE) para la obtención del NIF. Inmediatamente, se remitirá copia autorizada de la escritura al Registro Mercantil a través del mismo sistema de tramitación telemática, y el registrador mercantil deberá llevar a cabo la calificación e inscripción dentro de las seis horas hábiles siguientes a la recepción. Una vez practicada la inscripción, remitirá la certificación pertinente al sistema CIRCE, para que a través de este se comunique la culminación del proceso a los socios y al notario. La LAEI ha implantado así un procedimiento de constitución de sociedades de responsabilidad limitada que permite que en apenas unas horas puedan cumplirse todos los trámites necesarios y la sociedad adquiera su personalidad jurídica.

²¹ El Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, introdujo la posibilidad de que la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada pudiese llevarse a cabo a través del denominado procedimiento telemático de constitución. Se trata de un procedimiento cuya característica esencial es la reducción de los plazos establecidos para la constitución de la sociedad, y en el que se prevé que todos los trámites se puedan realizar a través de técnicas telemáticas. El notario ante el que se otorga la escritura pública solicita el NIF y presenta en el Registro Mercantil, mediante su remisión por procedimiento telemático, la copia electrónica autorizada de la escritura para la práctica de la inscripción, sin que se imponga en este caso el plazo de dos meses anteriormente mencionado, porque el notario remitirá la copia al Registro Mercantil el mismo día de su otorgamiento o el primer día hábil siguiente. El registrador dispondrá de un plazo de 15 días para formalizar la inscripción, y, una vez practicada, lo comunicará, nuevamente por medios telemáticos, al notario, y este dará testimonio de su recepción. En este sistema, resulta fundamental el Documento Único Electrónico (DUE), en el que se incluirán todos los datos referentes a la sociedad de capital que deban remitirse al Registro Mercantil y a las Administraciones competentes para la constitución de la sociedad. Asimismo, también debe hacerse referencia al sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), que es un sistema informático de tramitación de expedientes electrónicos de creación de empresas basado en el DUE.

2.3. Funcionamiento de la sociedad unipersonal

El pleno reconocimiento de la sociedad unipersonal no es obstáculo para que el legislador imponga unas especiales exigencias de publicidad y transparencia, con la finalidad de garantizar la protección de los terceros que se vinculen en el tráfico jurídico con la sociedad unipersonal.

En este sentido, el artículo 13 de la LSC establece una doble exigencia de publicidad, registral y comercial. Así, es obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de las situaciones de unipersonalidad originaria y sobrevenida, la pérdida de la condición de sociedad unipersonal y los cambios en la persona del socio único. También se exige que la sociedad haga constar su condición de sociedad unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido, facturas y anuncios que deban ser publicados por prescripción legal o estatutaria. La Duodécima Directiva no contempla en su regulación estas dos previsiones, puesto que únicamente impone la obligación de publicidad registral, mediante inscripción en el Registro Mercantil o en un registro de la propia sociedad que sea accesible al público.

Por otro lado, el artículo 16 de la LSC exige que los contratos que celebre el socio único con la sociedad consten por escrito y sean transcritos en un libro-registro habilitado al efecto. Se exige igualmente que la celebración de estos contratos se recoja en la memoria anual de la sociedad. El incumplimiento de estas tres obligaciones implicará la inoponibilidad de estos contratos frente a terceros si la sociedad o el socio único fuesen declarados en concurso.

En lo que respecta a la estructura y organización de la sociedad unipersonal, el artículo 15 de la LSC determina que esta deberá ser la propia de una sociedad de capital, es decir, habrá de contar con una junta general y un órgano de administración. No obstante, dada la singularidad de la sociedad unipersonal, las funciones de la junta general serán ejercidas únicamente por el socio único, y las decisiones que este adopte en el ejercicio de estas funciones, en consonancia con las exigencias de transparencia y publicidad, habrán de ser consignadas en un acta que será firmada por el socio único o su representante. Hay que señalar que la LSC no prevé ninguna sanción para el eventual incumplimiento de esta obligación de publicidad.

3. EL RIESGO Y LA RESPONSABILIDAD DEL SOCIO ÚNICO POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL A TRAVÉS DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

3.1. Delimitación de los conceptos de riesgo y responsabilidad

Dado que la sociedad unipersonal es estudiada en el presente trabajo como mecanismo para la limitación del riesgo que asume el empresario individual en el ejercicio de su actividad económica, resulta fundamental distinguir los conceptos de riesgo y responsabilidad. A tales efectos, debe señalarse que el socio único no tiene responsabilidad limitada, porque, en realidad, no tiene responsabili-

dad alguna por las deudas de la sociedad, puesto que en las sociedades de capital la responsabilidad es immanente, esto es, no trasciende a los socios. Lo que se produce en realidad es una limitación del riesgo del socio único, ya que constituyendo una sociedad unipersonal el socio solo se arriesga a perder aquello que aporte al constituir la sociedad o, con posterioridad, en un aumento de capital. Si ejerciese directamente la misma actividad sin constituir una sociedad unipersonal, arriesgaría todo su patrimonio. En segundo lugar, hay que señalar también que la sociedad tampoco tiene responsabilidad limitada, sino que responde como cualquier deudor con todos sus bienes presentes y futuros, en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1.911 del CC.

3.2. Responsabilidad del socio único

A) Régimen general: irresponsabilidad por las deudas contraídas por la sociedad. La limitación del riesgo a lo aportado a la sociedad

La sociedad unipersonal, en cuanto sociedad de capital, se caracteriza porque no podrá exigirse al socio único, salvo en los supuestos excepcionales a los que me referiré a continuación, que abone las deudas de la sociedad unipersonal con cargo a sus bienes y derechos personales, sino que los créditos de los que la sociedad fuera deudora únicamente podrán ser satisfechos sobre aquellos elementos patrimoniales que el socio hubiere aportado a la sociedad o con los posteriormente adquiridos por la propia sociedad.

En este marco, cabe hacer una breve referencia a la posición del socio único en el supuesto de concurso de la sociedad unipersonal. De acuerdo con el régimen que establece la Ley Concursal, en caso de que la sociedad unipersonal se declare en concurso, los créditos del socio único quedarán integrados en la masa pasiva del concurso, tanto si es el socio único el que presenta la solicitud de declaración de concurso (art. 49 LC), como si la solicitud es presentada por otros acreedores, en cuyo caso el socio único deberá comunicar la existencia de su crédito para ser incluido en dicha masa pasiva (arts. 21.1.5.º y 85 LC). Por lo tanto, no existe ninguna especialidad en cuanto a la inclusión de su crédito en la masa pasiva por el hecho de tratarse del concurso de una sociedad unipersonal. Sin embargo, esta circunstancia sí condiciona los derechos del socio único, porque, al ser, por su propia condición, titular de la totalidad del capital social, tiene la consideración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93.2.1.º de la LC, de persona especialmente relacionada con el concursado, por ostentar en la sociedad concursada un porcentaje del capital social evidentemente superior a los exigidos por la norma (al menos un 5% si la sociedad tiene valores admitidos a cotización en mercado secundario oficial, y un 10% si no los tuviera). Esta consideración como persona especialmente relacionada con el concursado provoca que los créditos de los que sea titular el socio único sean calificados en el procedimiento concursal como créditos subordinados (art. 92.5.º LC), por lo que solo serán satisfechos una vez que hayan sido abonados a los acreedores los créditos privilegiados y ordinarios de que fueran titulares, a lo que se añade, como consecuencia también de esta calificación de sus créditos como subordinados, que el socio único, en cuanto acreedor subordinado, quedará vinculado por el convenio que, en su caso, se adopte, y afectado por las mismas quitas y esperas que los acreedores titulares de créditos ordinarios (art. 134.1 LC). Además, los contratos que hubieran sido celebrados entre el socio único y la sociedad no serán oponibles a

la masa del concurso si no cumplen los requisitos del artículo 16.1 de la LSC, es decir, transcripción en el libro-registro de la sociedad y referencia en la memoria anual (art. 16.2 LSC), de modo que el incumplimiento de la necesaria publicidad que el socio único debe dar a este tipo de contratos conlleva la inoponibilidad en el concurso de la deuda que los mismos hubieran generado.

B) Excepciones

a) Extensión al socio único de la responsabilidad por las deudas sociales en caso de incumplimiento del régimen de publicidad

El artículo 14 de la LSC dispone que, si transcurren seis meses desde que la sociedad adquirió la condición de sociedad unipersonal sin que esta circunstancia haya sido inscrita en el Registro Mercantil, el socio único responderá de forma personal, solidaria e ilimitada de las deudas sociales que se hubieren generado durante este periodo. Se trata por ello de una sanción por el incumplimiento de la obligación de publicidad registral.

Este supuesto de responsabilidad solo es aplicable a los casos de unipersonalidad sobrevenida²², porque, si esto sucede en una sociedad unipersonal originaria, la falta de inscripción en el Registro Mercantil daría lugar a una sociedad irregular, y el socio único respondería de las deudas sociales conforme a la regla general de responsabilidad recogida en el artículo 39 de la LSC²³. El cómputo del plazo de seis meses se iniciará «en el momento en el que la última de las participaciones o de las acciones haya pasado a ser propiedad de una sola persona»²⁴. En cuanto al alcance de la responsabilidad, el precepto impone la responsabilidad del socio único respecto de las deudas sociales que hubieran sido contraídas durante el periodo de tiempo en que la sociedad hubiere mantenido la unipersonalidad sin haberse practicado la inscripción correspondiente en el Registro Mercantil. De ello pueden extraerse varias conclusiones: si se produce un cambio en la persona del socio único antes de que se cumpla el periodo de seis meses, y finalmente este transcurre, el responsable será el socio único que ostente tal condición en el momento de cumplirse este plazo, no teniendo el anterior socio ningún tipo de responsabilidad; por el contrario, si el cambio de socio único se produce una vez transcurrido el plazo de seis meses, deberá imponerse la responsabilidad solidaria del socio único actual y del antiguo respecto de las deudas nacidas durante el periodo en que este último era propietario de todas las acciones o participaciones, y la responsabilidad del socio único, sin alcanzar al antiguo, respecto de las deudas nacidas desde que adquirió tal condición.

Si bien este supuesto de responsabilidad supone, como se ha apuntado más arriba, una sanción ante el incumplimiento de la obligación de publicidad registral que impone el artículo 13 de la LSC,

²² DÍAZ MORENO, A.: «La sociedad...», cit., pág. 272.

²³ «1. Una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones. [...]».

²⁴ DÍAZ MORENO, A.: «La sociedad...», cit., pág. 273.

el legislador no ha previsto sanción alguna para el supuesto de incumplimiento de la obligación de publicidad comercial. En este caso, apunta RONCERO SÁNCHEZ²⁵ a la posible aplicación del artículo 24 del CCom.²⁶, propuesta que DÍAZ MORENO²⁷ rechaza porque considera que la sociedad unipersonal no constituye un tipo societario específico sino una situación mutable y temporal de una sociedad de capital, y por ello no puede tener lugar la subsunción de este supuesto de hecho en aquella norma²⁸.

b) Responsabilidad por las ventajas obtenidas en contratos celebrados con la sociedad

Otro supuesto de responsabilidad del socio único es el establecido en el artículo 16 de la LSC, precepto que impone la responsabilidad del socio único por las ventajas directa o indirectamente obtenidas en perjuicio de la sociedad como consecuencia de los contratos celebrados con esta. En este caso, la responsabilidad podrá exigirse durante un plazo de dos años contados desde la fecha de celebración del contrato, y el ejercicio de la acción corresponde a la sociedad (al administrador concursal, si la sociedad se halla en concurso), aunque los verdaderos beneficiarios serán los acreedores sociales. La exigencia de responsabilidad no tiene por objeto afectar a la validez del contrato sino instar el abono de una indemnización por los perjuicios causados a la sociedad, los cuales son presupuesto de esta responsabilidad aun cuando el socio no fuere consciente de los mismos.

C) Inaplicación del régimen de responsabilidad inmanente: la doctrina del levantamiento del velo

La denominada doctrina del levantamiento del velo es un mecanismo que encuentra su razón de ser en aquellos supuestos en los que tenga lugar la utilización abusiva de una persona jurídica en perjuicio de terceros aprovechando el principio de separación de esferas jurídico-patrimoniales entre el ente y sus miembros, de forma que se penetra en la personalidad jurídica de la sociedad

²⁵ RONCERO SÁNCHEZ, A.: «La sociedad unipersonal...», cit., págs. 155-156.

²⁶ Artículo 24 del CCom.: «1. Los empresarios individuales, sociedades y entidades sujetos a inscripción obligatoria harán constar en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturación, el domicilio y los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil. Las sociedades mercantiles y demás entidades harán constar, además, su forma jurídica y, en su caso, la situación de liquidación en que se encuentren. Si mencionan el capital, deberá hacerse referencia al capital suscrito y al desembolsado. 2. El incumplimiento de estas obligaciones será sancionado, previa instrucción de expediente por el Ministerio de Economía y Hacienda, con audiencia a los interesados y conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo con una multa de cuantía de 50.000 a 500.000 pesetas».

²⁷ DÍAZ MORENO, A.: «La sociedad...», cit., pág. 258.

²⁸ Discrepo de la afirmación de Díaz Moreno en cuanto a la inaplicación del artículo 24 del CCom. a la sociedad unipersonal como consecuencia del carácter mutable y transitorio de esta y, como consecuencia, la negación del carácter de tipo societario propio de la misma, por cuanto la sociedad unipersonal es hoy en día una forma societaria plenamente admitida y reconocida en nuestro Derecho, no una forma anómala ni una deficiencia de una sociedad de capital que deba ser subsanada. Por lo tanto, debe estimarse que el supuesto de hecho de la sociedad unipersonal es subsumible en el artículo 24 del CCom., aplicable a empresarios individuales, sociedades y demás entidades sujetas a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil.

con el fin de desvelar la realidad subjetiva que se oculta tras ella y evitar así el perjuicio de terceros haciendo responder directamente al sujeto o sujetos que integran la sociedad.

Este mecanismo, si bien no es único de la sociedad unipersonal, dado que resulta aplicable a todas las sociedades de capital, ha sido aplicado con demasiada frecuencia por nuestros tribunales sobre las sociedades unipersonales, porque la existencia de un solo socio ya hace presumir de manera demasiado habitual que la personalidad jurídica de la sociedad está siendo utilizada de manera abusiva y fraudulenta. El propio Tribunal Supremo ha tendido a aplicar la doctrina del levantamiento del velo sobre las sociedades unipersonales por entender que en estas suele ser habitual el abuso de la personalidad jurídica, al actuar el socio único como si los bienes de la sociedad fueran solo suyos (STS de 3 de junio de 1991). BOLDÓ RODA entiende este abuso de derecho como un supuesto de fraude de ley, porque se utilizan normas jurídicas de cobertura, como son las referentes a la constitución de la persona jurídica, para la obtención de un resultado contrario al ordenamiento jurídico²⁹.

La doctrina y la jurisprudencia tratan de poner freno a esta aplicación desmesurada de la doctrina del levantamiento del velo, porque, como pone de manifiesto GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, la profusa aplicación de la doctrina del levantamiento del velo favorece la disminución de la seguridad jurídica, debiendo utilizarse por ello siempre como último recurso, de forma que su aplicación solo tenga cabida «cuando no existan otras vías sustantivas o procesales para conseguir justicia»³⁰. En el mismo sentido, señala CARBAJO CASCÓN, que la doctrina del levantamiento del velo es un mecanismo corrector de fraudes y abusos cometidos a través de la persona jurídica, que, por ese motivo, únicamente puede ser utilizado cuando se constaten de forma efectiva un fraude de ley o un abuso de derecho en perjuicio de los intereses de terceros³¹. Deberá evitarse, en todo caso, que la existencia de una sociedad unipersonal se traduzca en una mayor severidad de trato por parte de los tribunales a la hora de apreciar la concurrencia o no de los elementos que justifiquen la aplicación del levantamiento del velo³². En lo que concierne a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha determinado que la técnica del levantamiento del velo no puede ser utilizada de forma generalizada, sino de forma prudente y excepcional, manteniendo, como regla general, la eficacia de la personalidad jurídica creada. Por ello, la existencia de una sociedad unipersonal no implica necesariamente que esa simple circunstancia constituya una apariencia jurídica en fraude de los acreedores, a la que le sea de aplicación, automáticamente, la doctrina del levantamiento del velo, porque para que pueda prosperar la acción de levantamiento del velo es preciso que se demuestre que se han utilizado los medios concedidos por la legislación societaria con finalidad defraudatoria, ya que el recto sentido impone la moderación en la aplicación de este instrumento jurídico (SSTS de 12 de junio de 1995 y de 27 de mayo de 1996).

²⁹ BOLDÓ RODA, C.: «Veinte años de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo», en *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 1, Madrid, 2002, pág. 33.

³⁰ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª B.: *La sociedad unipersonal...*, cit., pág. 313.

³¹ CARBAJO CASCÓN, F.: *La sociedad...*, cit., pág. 196.

³² CARBAJO CASCÓN, F.: *La sociedad...*, cit., pág. 197.

IV. EL EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente epígrafe es el estudio de la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, cuyo análisis va a ser realizado en línea paralela a la institución francesa del empresario (o empresa) individual de responsabilidad limitada, que, por proximidad geográfica, relevancia y cierta similitud con la regulación española tomaré como modelo de referencia. Ello no obstante, debe advertirse una diferencia fundamental entre ambas figuras, puesto que el legislador francés ha articulado un modelo cuya característica fundamental es la separación de los patrimonios del empresario individual, creando un «patrimonio de afectación» integrado por los elementos afectos al desarrollo de su actividad, siendo estos los elementos sobre los que los acreedores del empresario deberán dirigirse cuando pretendan satisfacer las deudas que este hubiera contraído en el ejercicio de su actividad, quedando el otro patrimonio del empresario, es decir, el patrimonio personal, al margen de dicha actividad, y afecto únicamente al pago de las deudas personales del empresario. Por el contrario, y a pesar de la práctica analogía en la denominación de la figura, el emprendedor (español) de responsabilidad limitada se caracteriza precisamente no por la constitución de un patrimonio de afectación sino por la designación de un bien concreto, como es su vivienda habitual, que, a través del cumplimiento de determinadas formalidades y requisitos de tipo registral, queda exenta del pago de cualquier deuda vinculada a la actividad empresarial o profesional del emprendedor, pero no se constituye en ningún caso un patrimonio expresamente afectado a la actividad económica.

Por otro lado, la regulación francesa es amplia y detallada, mientras que la desarrollada por el legislador español se caracteriza por su insuficiencia y, fundamentalmente, por los numerosos problemas que tan deficiente regulación plantea en su aplicación práctica, motivo, muy probablemente, de las numerosas críticas que está recibiendo. Por ello resulta tan interesante analizar esta figura en comparación con el modelo francés, a fin no solamente de estudiar los aspectos fundamentales de su regulación sino también para plantear si no debería el legislador español haber optado por una institución más semejante a la francesa, principalmente para favorecer la utilización de este instituto y su éxito entre los emprendedores españoles.

2. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN

La LAEI, en sus artículos 7 a 11 y en su artículo 14, introduce en el ordenamiento jurídico español la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, con el fin de «fomentar el crecimiento de la cultura emprendedora española»³³, y como una alternativa a la sociedad unipersonal en tanto que instrumento que permite al empresario individual limitar el riesgo derivado del ejercicio de su actividad³⁴.

³³ VV. AA.: «Resumen de la Ley de emprendedores...», cit., *El emprendedor de responsabilidad limitada. Artículos 7 a 11 y 14*.

³⁴ «[...] el legislador ha considerado conveniente el dar una nueva posibilidad al empresario individual que aunque con pocas ventajas y excesivas obligaciones puede hacer que determinados emprendedores escojan esta vía para el ini-

3. RÉGIMEN DEL EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

3.1. Sujetos que pueden acogerse al régimen de responsabilidad limitada

El artículo 7 de la LAEI permite que se beneficie del régimen de la responsabilidad limitada cualquier persona física, con independencia de la actividad que realice, y, así, dispone el citado precepto: «El emprendedor persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición de "Emprendedor de Responsabilidad Limitada", una vez cumplidos los requisitos y en los términos establecidos en este Capítulo». Dado que el legislador utiliza en este artículo el término «emprendedor», debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 3 de la LAEI, en el que se define al emprendedor como aquella persona, física o jurídica, que desarrolla una actividad económica o empresarial en los términos establecidos en esta ley. Combinando ambos preceptos, puede afirmarse que podrá tener la condición de emprendedor de responsabilidad limitada aquella persona física que realice una actividad empresarial o profesional, teniendo en cuenta además que, por aplicación del artículo 4 del CCom., será requisito imprescindible para el desarrollo de su actividad que la persona física sea mayor de edad y tenga la libre disposición de sus bienes y, en el caso de los profesionales, que estén debidamente habilitados para el ejercicio de la profesión de que se trate. Ahora bien, es necesario destacar que, dado que el concepto de emprendedor recogido en el artículo 3 de la LAEI abarca a todos aquellos que participan en el mercado realizando una actividad empresarial o profesional, también podrán tener la condición de emprendedores de responsabilidad limitada los agricultores, los ganaderos y los artesanos, porque, de acuerdo con la definición expuesta, el concepto de emprendedor, como se verá a continuación, es más amplio que el concepto de empresario, del que tradicionalmente han quedado excluidos estos tres colectivos³⁵.

Resulta interesante analizar este concepto de «emprendedor» junto con el concepto de «comerciante» que recoge nuestro Código de Comercio, concepto que, no obstante, debe ser entendido en un sentido más amplio, como sinónimo de «empresario», en cuanto la actividad empresarial tuvo su origen y su primera manifestación en el comercio, y así lo refleja nuestro Código, que, no lo olvidemos, data de 1889. Así pues, el empresario es aquella persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes o servicios para el mercado. Puede observarse que este concepto es más restringido que el del «emprendedor», puesto que la actividad del empresario, para que este pueda ser calificado como tal, debe referirse a la producción de bienes o servicios, pero la actividad que abarca el emprendedor es toda aquella de carácter empresarial o profesional que sea realizada en el mercado. Junto a ambos conceptos, cabe destacar la novedad del llamado «operador de mercado», un nuevo término que recoge la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la

cio de su actividad», VV. AA.: «Resumen de la Ley de emprendedores...», cit., *El emprendedor de responsabilidad limitada. Artículos 7 a 11 y 14*.

³⁵ MUÑOZ GARCÍA, A.: «El Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección», *Diario La Ley* (Sección Documento *on-line*), enero de 2014, n.º 8.233, pág. 3.

Comisión General de Codificación en su artículo 001-2, y que engloba: en primer lugar, a los empresarios, esto es, las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales, así como las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades anteriormente indicadas, y las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto; en segundo lugar, las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado; en tercer lugar, las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades; y, en cuarto lugar, también se consideran operadores de mercado las sociedades o entidades no constituidas conforme al Derecho español que ejerzan en España alguna de las actividades expresadas en el artículo. Como puede apreciarse, la Propuesta de Código Mercantil recoge un novedoso concepto que engloba una extraordinaria pluralidad de actividades y de entes que se entienden todos ellos comprendidos en el tráfico económico mercantil. Un nuevo concepto adecuado a la dinámica de la actividad económica de nuestro tiempo y en el que se incluyen, dada su amplitud, los conceptos de «empresedor» y «empresario» señalados anteriormente.

En el modelo francés, también puede ostentar la condición de empresario individual de responsabilidad limitada toda persona física que realice una actividad empresarial o profesional, excluyendo expresamente a las personas jurídicas (art. 526.6 del *Code de Commerce*). Sin embargo, el legislador francés ha desarrollado en este punto una regulación más extensa que la del legislador español, al hacer referencia a la posibilidad de que los menores se constituyan en empresarios individuales de responsabilidad limitada. Así, la Ley de 15 de junio de 2010 prevé que un menor pueda ser autorizado por sus progenitores o, en su caso, por su tutor legal, para realizar los actos de administración que sean necesarios para la creación y la gestión de una empresa individual de responsabilidad limitada, no pudiendo realizar actos de disposición, puesto que estos solo pueden ser desarrollados por sus padres o su tutor legal. De manera más específica, el legislador francés ha establecido una distinción entre los menores emancipados y los menores no emancipados y, así, permite a los menores no emancipados optar por el régimen del empresario individual de responsabilidad limitada siempre que no ejerzan una actividad comercial, mientras que los menores emancipados pueden constituirse en empresarios individuales de responsabilidad limitada siguiendo las reglas generales de la figura, es decir, para el desarrollo de cualquier actividad empresarial o profesional, incluyendo el ejercicio del comercio.

Resulta oportuno plantear aquí, ante el silencio del legislador español, qué sucede con los menores españoles, a fin de determinar si estos podrían acogerse a esta figura. En el ordenamiento jurídico español, el artículo 323 del CC prohíbe a los menores emancipados tomar dinero a préstamo, prohibición de la que la doctrina infiere la imposibilidad para ostentar la condición de empresarios, dado que esta condición implica, en la práctica totalidad de los casos, la necesidad de participar en operaciones de crédito en algún momento del transcurso de la actividad económica. A ello debe añadirse que el artículo 5 del CCom. permite al menor (emancipado o no) y al incapacitado realizar una actividad empresarial en caso de continuación de la actividad empresarial del progenitor o causante fallecido. Nada dice la LAEI sobre la posibilidad de aplicación de este precepto para la continua-

ción, por parte de un menor, de la actividad desarrollada por un causante que tuviera la condición de emprendedor de responsabilidad limitada, por lo que puede entenderse que, cuando el objeto de la figura sea el desarrollo de una actividad comercial o empresarial, el menor podrá ser emprendedor de responsabilidad limitada únicamente en el supuesto de continuación de la actividad. Ahora bien, dado que, como ya se ha señalado, el concepto de emprendedor es más amplio que el de empresario y, por ello, engloba no solamente el ejercicio de la actividad empresarial, sino también a los profesionales, agricultores, ganaderos y artesanos (sectores excluidos del ámbito de la actividad empresarial), debe plantearse si un menor emancipado que desarrolle alguna de estas actividades puede constituirse en emprendedor de responsabilidad limitada, una pregunta a la que la propia lógica del concepto «emprendedor» parece responder afirmativamente, en cuanto que la prohibición opera únicamente respecto del ejercicio de la actividad empresarial, pero no en relación con otras actividades, como las mencionadas, que quedan comprendidas por el concepto de «emprendedor» y que, no existiendo prohibición expresa al respecto, puede entenderse que los menores emancipados podrán desarrollarlas constituyéndose en emprendedores de responsabilidad limitada³⁶.

3.2. La limitación de responsabilidad del emprendedor de responsabilidad limitada

A) *La inexistencia de un patrimonio de afectación*

De forma contraria al modelo francés, el emprendedor de responsabilidad limitada español no tiene un patrimonio de afectación, sino un bien determinado, que es su vivienda habitual, que queda completamente al margen de las incidencias y deudas de la actividad empresarial. Podría afirmarse que la protección que se pretende brindar al emprendedor que opta por esta figura es muy escasa frente a los beneficios de los que goza el empresario francés, puesto que este último, al determinar expresamente cuáles son los bienes afectados a su actividad, es decir, aquellos que componen el patrimonio de afectación, deja al margen todos aquellos elementos patrimoniales que no formen parte de dicho patrimonio de afectación, mientras que al emprendedor español únicamente se le permite evitar que uno solo de sus bienes quede exento de cualquier tipo de responsabilidad o ejecución por las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional. Así, a pesar de la cierta similitud existente con el empresario individual de responsabilidad limitada francés, la figura española parece recoger la regulación de la denominada *insaisissabilité*, institución que tuvo una escasa acogida en el país vecino desde su introducción en el año 2003 y que consistía en permitir al empresario persona física dejar al margen de su actividad empresarial aquellos bienes que fueran indispensables para su subsistencia y la de su familia, como, por ejemplo, el bien inmueble que constituyera su residencia principal, si bien la

³⁶ El artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe la admisión al trabajo a los menores de 16 años, junto con otras prescripciones relativas a la tipología de las actividades laborales que pueden desarrollar los menores de edad. Cabe mencionar que las previsiones contenidas en este precepto no son trasladables a la cuestión aquí tratada, en cuanto el emprendedor, que realiza una actividad empresarial o profesional, actúa por cuenta propia, no desempeñando por lo tanto ninguna de las actividades dependientes y por cuenta ajena de cuya regulación se ocupa el Estatuto de los Trabajadores.

regulación española es, también respecto de esta figura, más escasa, ya que la protección no afecta al conjunto patrimonial del que depende la subsistencia del emprendedor y de su familia sino que se refiere a un único bien, la vivienda habitual. Es por ello por lo que quizás cabría pensar que la introducción de la figura del emprendedor de responsabilidad limitada en nuestro Derecho se enmarca en el conjunto de medidas que han sido adoptadas y que están dirigidas a proteger al ciudadano frente al riesgo de pérdida de su vivienda en el marco de la crisis económica, en la misma línea que las previsiones contenidas en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

B) Objeto de la limitación de responsabilidad

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de la LAEI, la vivienda habitual del emprendedor de responsabilidad limitada queda exenta de la obligación de responder de las deudas que este contraiga en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional siempre que su valor no supere los 300.000 euros, o los 450.000 si se encuentra ubicada en una población de más de un millón de habitantes³⁷. El valor es determinado de acuerdo con las reglas para la formación de la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados³⁸, y en el momento de la inscripción del emprendedor en el Registro Mercantil.

Ahora bien, son muchos los interrogantes que plantea esta forma de valoración de la vivienda habitual, porque, ante el silencio de nuestro legislador, cabría plantearse, por ejemplo, cuál es el concepto de «vivienda habitual» que debe ser aplicado, a lo que quizás cabría responder mediante una remisión al concepto que recoge la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas³⁹. Otra cuestión dudosa es si es el propio emprendedor el que fija la valoración de su vivienda o si, por el contrario, requiere de la evaluación de un tercero independiente, de modo similar a los requi-

³⁷ «[...] no se trata de establecer una cifra o suma de responsabilidad máxima, o delimitar una parte del patrimonio o núcleo de bienes afecto a las resultas del ejercicio de las actividades emprendedoras, sino, más bien, de sustraer del patrimonio que responde de las deudas un bien concreto, esto es, de poner a salvo del resultado de la responsabilidad patrimonial un concreto bien: su vivienda habitual», MORILLAS JARILLO, M.ª J.: «Legislación española. Ley de emprendedores», *Revista de Derecho de los Negocios*, número 272, año 2013, pág. 94.

³⁸ Señala BRANCÓS NÚÑEZ, E.: «El emprendedor de responsabilidad limitada en la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización», *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2014, n.º 53, (accesible en <http://elnotario.es/index.php/opinion/3590-el-emprendedor-de-responsabilidad-limitada-en-la-ley-de-apoyo-a-los-emprendedores-y-su-internacionalización> –último acceso: 16 de febrero de 2014–), que la utilización de los criterios del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para la valoración de la vivienda habitual parece cerrar la puerta a la posibilidad de que estas valoraciones sean efectuadas por sociedades de tasación en el marco de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario.

³⁹ Su disposición adicional vigésima tercera establece: «[...] se considerará vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas. Cuando la vivienda hubiera sido habitada de manera efectiva y permanente por el contribuyente en el plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras, el plazo de tres años previsto en el párrafo anterior se computará desde esta última fecha».

sitos que exige el legislador francés. Dado que nuestro legislador no se ha pronunciado al respecto, parece lógico pensar que la valoración de la vivienda puede ser determinada por el emprendedor, aunque hubiera sido deseable que se hubiera previsto algún mecanismo de control para evitar valoraciones inferiores a la real con ánimo fraudulento. Otro importante problema que plantea esta misma cuestión es la determinación del criterio con arreglo al cual debería efectuarse la valoración, algo sobre lo que tampoco existe una previsión expresa, si bien podría pensarse en la aplicación analógica de los medios de valoración establecidos en el artículo 57 de la LGT⁴⁰. También suscita dudas el supuesto en el que la vivienda habitual posea un valor superior a los mencionados, puesto que, en este caso, las posibilidades son dos: puede pensarse que, al no cumplir el requisito de valor que establece el legislador, la vivienda habitual del emprendedor no podrá convertirse en objeto de limitación de responsabilidad, pero también podría interpretarse que aquella parte del valor de la vivienda que no exceda de los límites legalmente fijados quedará exenta de responsabilidad, mientras que el valor restante sí deberá responder de las deudas contraídas por el emprendedor en el ejercicio de su actividad. Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL considera que la regulación resultaría menos dudosa y problemática si el legislador hubiera determinado que la vivienda habitual fuera inembargable por debajo de un determinado valor salvo que sobre la misma recayese un derecho real de hipoteca⁴¹. Entiende este autor que, introduciendo una previsión de estas características en la Ley de Enjuiciamiento Civil, no solo se simplificarían todas las cuestiones problemáticas que se acaban de plantear sino que, además, ya no sería necesario cumplir con unos requisitos de publicidad específicos, porque sería la propia ley la que declarase el carácter inembargable de la vivienda habitual. Incluso propone ALFARO ÁGUILA-REAL la posibilidad de introducir determinados límites de valor para evitar que una vivienda de lujo sea designada como vivienda habitual por su propietario y con ello logre sustraer una parte importante de su patrimonio a las acciones de los acreedores⁴².

Otro aspecto complejo es el relativo al posible cambio de la vivienda habitual del emprendedor. En estos casos, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 10.4 de la LAEI, podría entenderse que la nueva vivienda habitual adquirirá, en sustitución de la anterior, la limitación de responsabilidad que la primera al mismo tiempo perderá. El precepto señala que el emprendedor deberá efectuar una nueva declaración de alta para que pueda tener lugar esta subrogación de la nueva vivienda, por lo que cabe entender que la declaración deberá ser efectuada ante el Registro Mercantil, procediéndose posteriormente a la práctica de una nueva inscripción en el Registro de la Propiedad. Finalmente, es importante reseñar que, en el caso de que la titularidad de la vivien-

⁴⁰ El artículo 57.1 de la Ley General Tributaria contempla los siguientes medios de valoración: «El valor de las rentas, productos, bienes y demás elementos determinantes de la obligación tributaria podrá ser comprobado por la Administración tributaria mediante los siguientes medios: a) Capitalización o imputación de rendimientos al porcentaje que la ley de cada tributo señale. b) Estimación por referencia a los valores que figuren en los registros oficiales de carácter fiscal. c) Precios medios en el mercado. d) Cotizaciones en mercados nacionales y extranjeros. e) Dictamen de peritos de la Administración. f) Cualquier otro medio que se determine en la ley propia de cada tributo».

⁴¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Más bazofia al BOE: La ley de emprendedores (I)*, 2013 (accesible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/search?q=emprendedor+responsabilidad+limitada> –último acceso: 21 de octubre de 2013–).

⁴² ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «De leyes perversas y legisladores bondadosos», *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre de 2013, n.º 51 (accesible en <http://www.elnotario.es/index.php/229-hemeroteca/revistas/revista-51/3515-de-leyes-perversas-y-legisladores-bondadosos> –último acceso: 8 de marzo de 2013–).

da habitual recaiga sobre ambos cónyuges, siendo uno de ellos el que desee adquirir la condición de emprendedor de responsabilidad limitada, no parece necesario, para llevar a cabo la inscripción de la vivienda habitual en el Registro de la Propiedad, el consentimiento del otro cónyuge, porque la inscripción no es constitutiva de un acto de disposición o de gravamen sobre el bien, supuesto en el que el artículo 1.320 del CC sí exige el consentimiento de los dos cónyuges⁴³, sino que se trata de un mero señalamiento de la vivienda como vivienda habitual.

En la línea expuesta en el párrafo anterior, la vivienda a la que se refiere el artículo 8 de la LAEI puede ser la vivienda privativa del emprendedor de responsabilidad limitada o bien la vivienda común, pudiéndose interpretar este inciso del precepto, ante el silencio del legislador, como la vivienda común del emprendedor casado en régimen de gananciales (en cuyo caso, como se acaba de exponer, no se exige consentimiento del otro cónyuge para la inscripción registral), o bien como la vivienda propiedad de ambos cónyuges por mitad, en cuyo caso sí será necesario el consentimiento del otro cónyuge para que la vivienda pueda tener el carácter de vivienda habitual exenta de la responsabilidad derivada de la actividad empresarial o profesional del emprendedor de responsabilidad limitada, consentimiento que también habrá de exigirse en el supuesto de que la vivienda sea un bien privativo del emprendedor⁴⁴.

En cualquier caso, dispone el artículo 8.4 de la LAEI que no puede beneficiarse de la limitación de responsabilidad sobre la vivienda habitual el emprendedor de responsabilidad limitada que actúe con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones, siempre que estos extremos sean acreditados mediante sentencia firme o puestos de manifiesto en concurso declarado culpable. El precepto suscita algunas dudas en su interpretación, puesto que se establece que el fraude o negligencia grave habrán de quedar reflejados en sentencia firme o concurso declarado culpable, de forma que la disyuntiva parece determinar la concurrencia de una u otra situación, lo cual no deja de resultar paradójico, en cuanto la declaración de un concurso como culpable se produce mediante sentencia que, para que pueda ser ejecutada, habrá de ser firme, de manera que parece que el legislador esté planteando dos posibilidades idénticas. Por ello, resulta adecuado interpretar el precepto entendiendo que la sentencia firme a la que se refiere será dictada en el seno de un proceso judicial que nada tenga que ver con un eventual procedimiento concursal⁴⁵.

En el modelo francés, el artículo 526.6 del *Code de Commerce* establece que el patrimonio de afectación estará integrado por todos los bienes, derechos y obligaciones de los que el empresario sea titular, siempre que todos estos elementos sean necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional. La doctrina los denomina «bienes profesionales por naturaleza». Queda a la voluntad del empresario integrar en este patrimonio otros bienes, derechos u obligaciones de los que sea titular y que voluntariamente decida afectar a su actividad por ser también elementos patrimoniales necesarios para la realización de la misma, y que son conocidos como los «bienes

⁴³ MUÑOZ GARCÍA, A.: «El Emprendedor...», cit., pág. 13.

⁴⁴ VV. AA.: «Resumen de la Ley de emprendedores...», cit., *Efectos de ser ERL*.

⁴⁵ MUÑOZ GARCÍA, A.: «Pérdida del beneficio reconocido al Emprendedor de Responsabilidad Limitada», *Diario La Ley* (Sección Documento *on-line*), n.º 8.211, diciembre 2013, pág. 9.

profesionales por destino». Un ejemplo ilustrativo de este segundo grupo de elementos lo representaría el vehículo del empresario que este utilice para realizar su actividad, pero que también emplee en su vida personal. Todos aquellos elementos que no estén integrados en el patrimonio de afectación formarán parte del patrimonio personal del empresario, y, en consecuencia, no responderán de las deudas que este contraiga en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

C) *Requisitos formales y de publicidad*

a) *Requisitos formales*

Para poder adquirir la condición de emprendedor de responsabilidad limitada, es necesario cumplir una serie de requisitos relativos a la inscripción en el Registro Mercantil y en el Registro de la Propiedad. El emprendedor debe inscribirse en el Registro Mercantil «en la forma y con los requisitos previstos para la inscripción del empresario individual» (art. 9.1 LAEI), lo que puede entenderse como una remisión al procedimiento de inscripción de los artículos 87 a 93 del RRM. A ello se añade que, en esta inscripción, el emprendedor debe indicar cuál es la vivienda habitual que no queda afectada a las deudas derivadas de su actividad, señalando su valor o simplemente indicando que cumple los requisitos para ser considerada como vivienda habitual. Serán títulos para llevar a cabo esta inscripción el acta notarial que el notario debe presentar obligatoriamente de forma telemática el mismo día de su autorización en el Registro Mercantil o el primer día hábil siguiente, o bien la instancia con firma electrónica reconocida del empresario y remitida telemáticamente al Registro Mercantil, o bien la instancia suscrita por el emprendedor con la firma legitimada notarialmente o extendida o ratificada ante el registrador. Debe recordarse que, conforme a la regla contenida en el artículo 9.1 del RRM, la inscripción en el Registro Mercantil no será oponible frente a terceros hasta que no se produzca su publicación en el BORME. El Registro Mercantil competente para llevar a cabo esta inscripción será el del domicilio del empresario, que puede coincidir o no con el del lugar en el que radique el inmueble que sea inscrito como vivienda habitual, dado que son domicilios distintos el domicilio social de la empresa, que es el domicilio del empresario a efectos mercantiles, y el domicilio civil del empresario, que será su residencia habitual conforme a lo establecido en el artículo 40 del CC. Los trámites relativos a la inscripción en el Registro Mercantil podrán ser realizados a través del Documento Único Electrónico. En segundo lugar, es también obligatoria la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 10 LAEI). Esta inscripción se realiza mediante la certificación que expide el Registro Mercantil de la inscripción en él realizada, y que deberá ser remitida telemáticamente al Registro de la Propiedad el mismo día hábil en que se haya realizado. La inscripción será oponible desde su fecha (arts. 1 y 17 de la Ley Hipotecaria). Debe señalarse finalmente que la publicidad registral tiene lugar por el Registro Mercantil, por el Registro de la Propiedad, por el BORME y por un portal especial que la LAEI establece en su artículo 9.4 que deberá abrir el Colegio de Registradores bajo la supervisión del Ministerio de Justicia y a través del que se divulgarán los datos relativos a los emprendedores de responsabilidad limitada⁴⁶.

⁴⁶ Por el momento, este portal todavía no ha sido habilitado.

En el modelo francés, las formalidades para la adquisición de la condición de empresario individual de responsabilidad limitada son muy similares, puesto que también debe llevarse a cabo una inscripción en un registro público haciendo constar en ella una declaración de los elementos que componen el patrimonio de afectación y del valor de los mismos (art. 526.8 del *Code de Commerce*). El legislador francés ha introducido en este punto una cautela que hubiese sido deseable que nuestro legislador hubiera tenido en cuenta, conforme a la cual todo aquel elemento que forme parte del patrimonio de afectación y que tenga un valor superior al reglamentariamente fijado, deberá ser objeto de una valoración que se documentará en un informe anexo a la declaración que debe inscribirse en el registro, y que será llevada a cabo por un auditor, un experto contable, una sociedad especializada en estas materias o un notario designado por el empresario (art. 526.10 del *Code de Commerce*). Con esta previsión, el legislador ha querido evitar que el empresario afecte a su actividad elementos cuyo valor sea inferior al realmente declarado, de manera que ello impida posteriormente la adecuada liquidación de las deudas que el empresario contraiga en el ejercicio de su actividad.

En conjunto, puede afirmarse que el legislador francés ha llevado a cabo una regulación más detallada que la planteada por el legislador español, y, sobre todo, una regulación que se halla investida de mayores cautelas con el fin de evitar posibles actuaciones fraudulentas por parte del empresario, medidas que no se imponen al emprendedor de responsabilidad limitada y que, con la finalidad de garantizar un adecuado funcionamiento del mismo, sería deseable que, *de lege ferenda*, fueran incluidas en nuestra legislación tomando como referencia los planteamientos del país vecino.

b) Requisitos de publicidad

En lo que respecta a los requisitos de publicidad, el artículo 9.2 de la LAEI impone al emprendedor la obligación de hacer constar en toda su documentación su cualidad de emprendedor de responsabilidad limitada, ya sea utilizando esta denominación o bien añadiendo a su nombre, apellidos y NIF las siglas «ERL». Otra importante obligación es la contemplada en el artículo 11 de la LAEI, en cuya virtud el emprendedor debe formular y, en su caso, someter a auditoría las cuentas anuales correspondientes a su actividad empresarial o profesional, estando obligado asimismo al depósito de las mismas en el Registro Mercantil. El legislador francés ha impuesto también al empresario individual de responsabilidad limitada ambas obligaciones.

c) Consecuencias del incumplimiento de estos requisitos

El artículo 10.1 de la LAEI exige, para que la no afectación de la vivienda habitual sea oponible frente a terceros, la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, de lo que cabe entender, *a sensu contrario*, que la falta de esta inscripción impedirá que la vivienda habitual del emprendedor no responda de las deudas procedentes de la actividad empresarial o profesional que este realice. Por el contrario, la consecuencia derivada del cumplimiento de este requisito formal es que el registrador de la propiedad denegará cualquier anotación preventiva de embargo sobre dicha vivienda, a menos que del mandamiento resulte que se aseguran deudas no empresariales o profesionales o anteriores a la inscripción de la limitación de responsabilidad (art. 10.3 LAEI).

La segunda consecuencia frente al incumplimiento de los requisitos formales se recoge en el artículo 11.3 de la LAEI, en virtud del cual, si transcurren siete meses⁴⁷ desde el cierre del ejercicio sin que el emprendedor haya depositado sus cuentas anuales en el Registro Mercantil, la limitación de responsabilidad no afectará a aquellas deudas que se hubieran contraído transcurrido este plazo, de forma que el emprendedor responderá de las mismas con todo su patrimonio, incluyendo su vivienda habitual y, por lo tanto, como si no se hubiere constituido en emprendedor de responsabilidad limitada. La limitación de responsabilidad resulta de nuevo eficaz desde el momento en que se cumpla la obligación de depósito.

En lo que respecta al empresario individual de responsabilidad limitada, el artículo 526.10 del *Code de Commerce* establece que si el valor finalmente declarado por el empresario ante el registro de que se trate es superior al que hubiere determinado el auditor, experto contable, sociedad especializada o notario en su informe, el empresario deberá responder con todo su patrimonio, es decir, el patrimonio de afectación y el patrimonio personal, y durante un periodo de cinco años, de la diferencia entre ambos valores. Otra sanción frente al incumplimiento de la obligación de valoración por un tercero es que, en caso de no solicitar la evaluación de alguno de los expertos mencionados en aquellos supuestos en que fuera obligatoria, el empresario será responsable, también con todo su patrimonio y también durante un periodo de cinco años, de la diferencia entre el valor real del elemento de que se trate en el momento de efectuar la declaración de afectación y el valor que se hubiere declarado.

3.3. Deudas a las que resulta oponible la limitación de responsabilidad

En nuestro sistema de emprendedor de responsabilidad limitada, los acreedores no podrán reclamar sobre la vivienda habitual del emprendedor (que este hubiere inscrito como tal cumpliendo las formalidades exigibles) la satisfacción de las deudas que el emprendedor hubiera contraído en ejercicio de su actividad empresarial o profesional, lo cual implica que el emprendedor deberá haber determinado previamente, con los requisitos de publicidad registral necesarios, cuál es el objeto de su actividad⁴⁸, puesto que solo las deudas derivadas de esta se verán afectadas por la limitación de responsabilidad. El artículo 9.3 de la LAEI, en una cierta aproximación al modelo francés, se refiere a los derechos de aquellos acreedores del emprendedor cuyas deudas hubieran nacido con anterioridad a la adquisición por este de su condición de emprendedor de responsabilidad limitada, acreedores a los que, salvo consentimiento de los mismos, no resultará oponible la limitación de responsabilidad. Para completar este régimen, debe añadirse la previsión contenida en la disposición adicional primera de la LAEI, que se refiere a las deudas de Derecho público del emprendedor⁴⁹, disponiendo que el procedimiento para el abono de las mismas se registrará de acuerdo con lo dispuesto en la

⁴⁷ Cabe señalar que, en el texto de la ley originariamente presentado en el Congreso de los Diputados, se establecía un plazo de seis meses, que posteriormente se amplió a siete como consecuencia de las enmiendas presentadas en el Congreso y en el Senado.

⁴⁸ Artículo 90.4.º del RRM.

⁴⁹ Esta previsión es conforme a la que establece la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo, en virtud de la modificación introducida por su disposición final quinta en su artículo 10.5.

Ley General Tributaria, la Ley General Presupuestaria y la Ley General de la Seguridad Social. Por ello, no resultará de aplicación la regulación propia del emprendedor de responsabilidad limitada. No obstante, si para la satisfacción de estas deudas es necesario proceder contra la vivienda habitual del emprendedor, su ejecución solo será posible en caso de que el emprendedor no tuviera otros bienes con los que pudiera cubrirse el importe de la deuda, o bien cuando entre la notificación de la primera diligencia de embargo de la vivienda habitual y la realización material del procedimiento de enajenación de la misma transcurra, como mínimo, un plazo de dos años.

En el modelo francés, el legislador ha establecido una clara distinción entre los acreedores del empresario, en función de si se trata de deudas que deban ser satisfechas con cargo al patrimonio personal o con cargo al patrimonio de afectación («acreedores personales» o «acreedores profesionales»), y, en este segundo caso, se establece una segunda distinción atendiendo a si el momento de nacimiento del derecho de crédito del que sean titulares es anterior o posterior a la declaración de afectación. Así, los acreedores titulares de créditos personales deberán dirigirse contra el patrimonio personal del empresario, mientras que los acreedores titulares de créditos derivados de la actividad empresarial o profesional deberán dirigirse contra el patrimonio de afectación (art. 526.12 del *Code de Commerce*). En lo que se refiere a los acreedores profesionales, la declaración de afectación, y, por lo tanto, la separación de patrimonios, es plenamente oponible a aquellos acreedores cuyos derechos nacieron con posterioridad a dicha declaración, y también será oponible a los acreedores con derechos anteriores a este momento siempre que el empresario así lo decida y lo determine en su declaración de afectación, habiendo sido previamente informados estos acreedores, los cuales pueden oponerse a esta decisión del empresario, en cuyo caso, no les será oponible la separación de patrimonios. Además, dada la distinción entre patrimonios, se añade una previsión específica, conforme a la cual, en caso de que el patrimonio de afectación resulte insuficiente para cubrir los créditos de los acreedores, estos pueden dirigirse contra los beneficios que hubiera obtenido el empresario en el último ejercicio cerrado, con independencia del patrimonio en el que dichos beneficios hubieran sido integrados (arts. 526.12 y 526.18 del *Code de Commerce*).

Podría añadirse a las regulaciones expuestas que no ha previsto el legislador, ni el español ni el francés, la posible concurrencia de supuestos en los que el emprendedor o empresario individual de responsabilidad limitada contraiga una deuda proveniente tanto de su actividad económica como de su vida personal. Un ejemplo de este tipo de supuestos lo representaría, siguiendo con el ejemplo mencionado anteriormente, aquel coche que es utilizado en ambos ámbitos, para el desarrollo de la actividad y en la esfera personal. Ante el vacío legal, podría entenderse, en el modelo francés, que el coche ha de formar parte del patrimonio de afectación, teniendo la consideración de bien profesional por destino, de modo que responderá de las deudas derivadas de la actividad empresarial o profesional. En el modelo español, el coche no podría tener tal consideración, dado que no existe una separación de patrimonios, y, por ello, cabría pensar en la posibilidad de determinar, atendiendo a indicadores tales como la gasolina o los kilómetros recorridos, la utilización del vehículo para fines empresariales y para fines personales, calculando posteriormente con base en estos datos cuál será la proporción en la que la vivienda habitual quedará exenta del pago de la deuda, por tener su origen en la actividad económica, y en qué proporción, por el contrario, sí deberá responder de la misma, por haber surgido en el ámbito personal del em-

prendedor. Una solución quizás demasiado compleja, pero una posible opción ante un problema que puede plantearse en la práctica y ante el que deberá darse respuesta, en muchas ocasiones, de manera improvisada, dada la falta de previsión legal en este punto.

4. INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL EMPRENDEDOR DE LA TRANSMISIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL

El legislador francés ha regulado la posibilidad de transmitir el patrimonio de afectación del empresario individual de responsabilidad limitada, mientras que el legislador español, de acuerdo con las características y la estructura de nuestro modelo, ha establecido en el artículo 10.4 de la LAEI que, en caso de transmisión de la vivienda habitual, se extinguirá respecto de la misma la limitación de responsabilidad, sin perjuicio de que aquella otra que sea adquirida por el emprendedor en sustitución de la anterior quede subrogada efectuando una nueva declaración, y se constituya así en el nuevo objeto de limitación de responsabilidad.

5. FIN DEL RÉGIMEN DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

El fin del patrimonio de afectación, y, con él, de la figura del empresario individual de responsabilidad limitada, es otra cuestión que el legislador español no ha contemplado en su, por el momento, y a falta de un posible desarrollo reglamentario, deficiente regulación. Ello no obstante, podría pensarse, como se ha expuesto en las primeras páginas de este epígrafe, que la institución del emprendedor de responsabilidad limitada se extingue con el fallecimiento del emprendedor, excepto en el supuesto de continuación de la actividad por un menor, supuesto en el que cabría entender que será el menor el que adquiera este estatuto. Además, a pesar del silencio del legislador en este punto, puede entenderse que, dado que la figura del emprendedor de responsabilidad limitada constituye un estatuto jurídico que el empresario puede asumir libremente, también podrá por ello renunciar al mismo cuando así lo estime conveniente, aunque, ante la falta de regulación en este punto, no puede determinarse cuál será la forma⁵⁰ que deba adoptar la renuncia, si bien cabría entender, de acuerdo con los requisitos para la constitución de la figura, que el emprendedor deberá cancelar las inscripciones inicialmente efectuadas en el Registro Mercantil y el Registro de la Propiedad, o bien indicar, junto a ambas inscripciones, la renuncia formulada. Igualmente, si cabe la renuncia total a este régimen jurídico, también parece tener cabida una renuncia parcial, por ejemplo, permitiendo el emprendedor que alguno o algunos de sus acreedores titulares de créditos que traigan causa de su actividad puedan ejecutar dichos derechos de crédito sobre su vivienda habitual.

⁵⁰ MUÑOZ GARCÍA, A.: «El Emprendedor...», cit., pág. 15 considera que bastará con que el emprendedor incumpla su obligación de depósito de las cuentas anuales para que desaparezca su régimen de limitación de responsabilidad, entendiéndose por ello que esta podrá ser la forma de la renuncia. Sin embargo, no parece la opción más acertada, puesto que el incumplimiento de dicha obligación da lugar a una sanción, por la que el emprendedor deberá responder con todo su patrimonio de las deudas contraídas durante el periodo de siete meses desde la finalización del ejercicio social sin haber depositado las cuentas en el Registro Mercantil.

V. EL EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA FRENTE A LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

1. INTRODUCCIÓN

Llegados a este punto del trabajo, y una vez planteados los caracteres fundamentales de las dos figuras estudiadas, el emprendedor de responsabilidad limitada y la sociedad unipersonal, debemos responder a la pregunta que formulábamos al comienzo, es decir, debemos determinar si realmente la constitución del empresario individual en emprendedor de responsabilidad limitada le resulta más favorable y ventajosa que la creación de una sociedad unipersonal, mecanismo este último tradicionalmente empleado, como ya hemos visto, para limitar los riesgos asumidos en el tráfico económico mercantil por el empresario individual.

En este sentido, lo primero que debe destacarse es que los primeros comentarios y estudios que se han realizado en la doctrina española desde la creación, en septiembre del pasado año 2013, de la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, han sido muy críticos y negativos⁵¹, puesto que la doctrina se ha mostrado hasta ahora unánime en considerar que nada aporta este estatuto que no pudiera lograr ya el empresario mediante la constitución de una sociedad unipersonal⁵². Ahora bien, será necesario analizar comparativamente los distintos elementos de ambas figuras para poder corroborar la veracidad de esta afirmación.

2. NULA SIMPLIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS FORMALES DE CONSTITUCIÓN

El primer aspecto que debe ser estudiado es el referente a la constitución de ambas instituciones. Uno de los principales objetivos que parecía inspirar la figura del emprendedor de responsabilidad limitada era facilitar a los pequeños y medianos empresarios la limitación del riesgo contraído en el ejercicio de su actividad sin que para ello fuera necesario cumplir con los trámites propios de la creación de una sociedad unipersonal. Sin embargo, la regulación del emprendedor de responsabilidad limitada parece tender a lo contrario, porque, para que un empresario individual pueda adquirir esta condición, deberá ser propietario de un bien inmueble que constituya su vivienda habitual y cuyo valor no exceda de 300.000 euros (o de 450.000 €, en función de la población en la que se localice), lo que por lo tanto exige llevar a cabo una valoración de esta vivienda. El primer problema que se plantea en este punto son todos los interrogantes que, como ya se ha puesto de manifiesto en el capítulo V, surgen ante el cumplimiento de este requisito, en cuanto la LAEI carece por el momento de desarrollo reglamentario y, mientras este se produce, son muchas las dudas que suscita la regula-

⁵¹ «Pocas normas pueden ser ejemplo de una regulación económica tan absurda [...] Es el tipo de normas que alejan a España de la modernidad [...] Solo es un alambicado, lento y caro itinerario de operaciones registrales. Papeleo inútil [...] la Ley de Emprendedores les perjudica de forma grave, inmisericorde [...]», BRANCÓS NÚÑEZ, E.: «El emprendedor...», cit.

⁵² A modo de ejemplo, puede verse ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Más bazofia al BOE...* cit.

ción establecida por el legislador (persona que debe llevar a cabo la tasación, método de valoración, posibilidad o no de protección de la vivienda si el valor de esta es superior a los límites legalmente establecidos, etc.). En segundo lugar, el emprendedor deberá inscribirse en el Registro Mercantil e inscribir la condición de habitual de su vivienda en el Registro de la Propiedad para que la misma quede exenta de responder de las deudas que el empresario contraiga en el ejercicio de su actividad. Cabe apuntar aquí que la disposición adicional décima de la LAEI establece que el coste de la inscripción en el Registro Mercantil será de 40 euros, y de 24 para la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y para poder mantener su condición de emprendedor de responsabilidad limitada, debe formular sus cuentas anuales, en su caso, someterlas a auditoría, y, de manera obligatoria, depositarlas en el Registro Mercantil, porque, si no cumple con estas obligaciones contables, la vivienda habitual que hubiere inscrito como tal dejará de gozar del beneficio de la limitación de responsabilidad. Estos últimos requisitos pueden ser considerados como excesivamente gravosos e incluso carentes de justificación, puesto que los empresarios individuales no están obligados a depositar sus cuentas en el Registro Mercantil, mientras que aquellos que no son empresarios mercantiles, así como también los profesionales, no solamente no tienen obligación de efectuar este depósito (en caso de que lleven una contabilidad, algo a lo que no están obligados), sino que simplemente no pueden hacerlo porque tampoco tienen la obligación de inscribirse en el Registro Mercantil.

En comparación con el régimen de la sociedad unipersonal, es cierto que las sociedades de capital sí tienen la obligación de depósito de sus cuentas anuales, pero en ningún caso se prevé que, si esta obligación no se cumple, los socios puedan perder el beneficio de la limitación de responsabilidad, ni tan siquiera que pasen a responder de las deudas de forma automática los administradores.

Atendiendo en conjunto a los requisitos necesarios para la constitución de una sociedad unipersonal, puede señalarse, como ya se apuntó en su momento, que el procedimiento de constitución telemática, en la nueva regulación introducida por la LAEI, permite cumplimentar los datos relativos a la constitución de la sociedad en el Documento Único Electrónico, siendo este remitido desde los Puntos de Atención al Emprendedor a los diferentes organismos y autoridades que deben intervenir en el procedimiento, teniendo lugar la calificación e inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y la obtención de los datos tributarios necesarios sin que el empresario deba realizar ningún trámite, porque, desde la cumplimentación del DUE, todo el proceso es desarrollado por las diferentes instituciones que deben articularlo y el socio único solo tiene constancia, finalmente, de la culminación del proceso cuando le es remitida una copia de la escritura de constitución.

Por lo tanto, la constitución de una sociedad unipersonal puede ser articulada, como se ha señalado, a través de procedimientos telemáticos muy sencillos y baratos, pero, para adquirir la condición de emprendedor de responsabilidad limitada, el empresario individual debe cumplir los requisitos relativos a la vivienda habitual, superando al mismo tiempo los interrogantes que los mismos plantean, ha de asumir los costes derivados de la valoración de dicha vivienda habitual, y deben llevarse a cabo dos inscripciones, en el Registro Mercantil y en el Registro de la Propiedad, asumiendo igualmente las tasas que estas implican. A ello se une el hecho de que el emprendedor deberá tener siempre muy presente su obligación de depósito de las cuentas anuales si no quiere que todas las formalidades cumplidas hayan resultado inútiles.

3. EL REDUCIDO ALCANCE DE LA LIMITACIÓN DEL RIESGO

En línea con lo anterior, puede llevarse a cabo un análisis comparativo de las exigencias requeridas para la constitución de la figura en relación con el alcance de la limitación del riesgo asumido. En este sentido, para constituir una sociedad unipersonal, ha de seguirse un procedimiento sencillo que carece de complejidad para el socio único, y a través del mismo se articula una figura que le permite responder únicamente con lo aportado. En cambio, parece que los trámites para la configuración del emprendedor de responsabilidad limitada son más gravosos y el único efecto que producen es el de permitir que la vivienda habitual del empresario no sea embargada por los acreedores de este cuyos créditos traigan causa de su actividad empresarial o profesional, un beneficio que en la mayoría de las ocasiones no será tal si la vivienda ha sido adquirida mediante la constitución de una hipoteca por una entidad de crédito que por lo tanto sí podrá hacer valer y, en su caso, ejecutar su garantía sobre este bien del emprendedor⁵³. En este marco, debe hacerse especial hincapié acerca de cuál es realmente el beneficio de la limitación del riesgo que se otorga al emprendedor, porque el efecto derivado de la constitución de esta institución no es ni una limitación a lo aportado, como sucede en el caso de la sociedad unipersonal, ni tampoco la existencia de un bien sobre el que todos los acreedores del emprendedor, sin excepción, no puedan realizar sus créditos, porque lo que caracteriza al emprendedor de responsabilidad limitada es el hecho de que uno solo de sus bienes, su vivienda habitual, no responderá de las deudas contraídas únicamente frente a unos acreedores determinados, por lo que, en realidad, la responsabilidad del emprendedor sigue siendo ilimitada, como la de todos los deudores, por imperativo del artículo 1.911 del CC, pero se produce una reducción del patrimonio que responde frente a ciertos acreedores⁵⁴. Además, es importante tener en cuenta que, por efecto de la disposición adicional primera de la LAEI, la limitación no opera respecto de las deudas de Derecho público del emprendedor, de manera que al reducido efecto de la limitación del riesgo se añade el hecho de que, para el cobro de las deudas que el emprendedor hubiera contraído con la Administración tributaria o con la Seguridad Social, los ejemplos más frecuentes de acreedores de Derecho público, no existe ningún obstáculo para que su vivienda habitual sí pueda ser embargada y ejecutada.

4. EL RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO NO REVISTE UNA MENOR COMPLEJIDAD

Atendiendo ahora a los requisitos para el funcionamiento y mantenimiento de la institución, ya se ha hecho referencia a la obligación de depósito de las cuentas anuales que se impone sobre el emprendedor de responsabilidad limitada, señalando el carácter excesivamente gravoso de la sanción que se le aplica en caso de incumplimiento de esta obligación: la pérdida de la condición de emprendedor de responsabilidad limitada, sin perjuicio de su recuperación cuando el depósito sea efectuado. Y se ha considerado que la sanción es excesivamente perjudicial porque no existe

⁵³ BRANCÓS NÚÑEZ, E.: «El emprendedor...», cit., *En relación con los presupuestos previos*.

⁵⁴ MUÑOZ GARCÍA, A.: «El Emprendedor...», cit., pág. 9.

una previsión equivalente en la regulación de la sociedad unipersonal, ya que la única sanción similar que se regula en esta sede es aquella por la que, en caso de que el socio único no haga constar en el Registro Mercantil el carácter unipersonal de la sociedad en el plazo de seis meses desde la adquisición de esta condición, deberá responder de manera personal, solidaria e ilimitada de todas las deudas que se hubieran generado durante este periodo, pero esta sanción tiene una clara justificación, como es la de proteger a los terceros que se relacionan en el tráfico con la sociedad para que puedan tener conocimiento de que esta se encuentra integrada por un único socio, con las especialidades que ello implica en cuanto a su régimen jurídico, pero, en cambio, como ya se ha puesto de manifiesto, la relevancia de las cuentas anuales del emprendedor de responsabilidad limitada no reviste tal magnitud en cuanto en las mismas no se recogerá el estado de su situación económica de manera plena, sino únicamente aquellos elementos relativos a su actividad, de forma que los acreedores no podrán tener conocimiento de aquella parte del patrimonio del emprendedor contra la que, excluyendo, claro está, la vivienda habitual, podrían dirigirse para saldar sus deudas por no formar parte de la actividad empresarial. Por lo tanto, no parece quedar justificada la sanción que se impone al emprendedor de responsabilidad limitada ante el incumplimiento de la obligación de depósito de las cuentas anuales en comparación con el régimen de la sociedad unipersonal.

Por otro lado, esta protección de los terceros a la que se ha hecho alusión constituye una pieza clave del régimen jurídico de la sociedad unipersonal, puesto que el legislador ha previsto distintas medidas con las que aspira a garantizar la publicidad de la unipersonalidad respecto de los terceros con los que la sociedad unipersonal se relacione: además de la publicidad registral mencionada, se impone también un régimen de publicidad comercial, así como la obligación de que los contratos celebrados entre la sociedad y el socio único consten en un libro-registro y en la memoria anual de la sociedad, bajo sanción de su inoponibilidad en caso contrario. El emprendedor de responsabilidad limitada también debe hacer constar su condición en toda su documentación, a fin de que todos aquellos con los que entable relaciones económicas y comerciales en el tráfico jurídico, y que potencialmente puedan convertirse en sus acreedores, tengan conocimiento de tal situación. En la misma línea, la falta de inscripción de la vivienda habitual en el Registro de la Propiedad impide que la especial protección que a esta ampara pueda ser oponible frente a terceros. Se observa por lo tanto en este punto una cierta similitud en el funcionamiento de ambas instituciones, imponiendo tanto al socio único como al emprendedor de responsabilidad limitada ciertas obligaciones, fundamentalmente en materia de publicidad, a fin de evitar posibles comportamientos fraudulentos. Ello no obstante, en el régimen del emprendedor de responsabilidad limitada, existe un ámbito en el que parecen tener cabida este tipo de comportamientos, puesto que, como ya hemos reiterado, se plantean muchas cuestiones dudosas en lo que a la vivienda habitual respecta, ya que, por ejemplo, la valoración de esta no queda sometida, o al menos no lo ha regulado así el legislador, a una tasación llevada a cabo por un ente especializado, lo que implica que, aun cuando parece lógico que quienes deseen adquirir la condición de emprendedores de responsabilidad limitada encargarán la tasación de su vivienda habitual a quien tenga conocimientos especializados para llevar a cabo esta tarea, la falta de previsión legal sobre este extremo no impedirá que las tasaciones puedan ser realizadas por los propios interesados conforme a su arbitrio, y, así, surgirá el riesgo de que sujeten a la inembargabilidad un bien inmueble que no tenga la condición de vivienda habitual por tratarse por ejemplo de una segunda residencia del

emprendedor, así como también el riesgo de que declaren como vivienda habitual aquella que, siéndolo en realidad, no cumple con los límites de valoración legalmente establecidos. Por todo ello, se abre aquí un espacio de incertidumbre y, sobre todo, de desprotección de los terceros, que sería deseable que el legislador atendiera para evitar que la figura del emprendedor de responsabilidad limitada sea utilizada a menudo con fines defraudatorios por los empresarios individuales.

5. EL CONCURSO DE ACREEDORES DEL EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA⁵⁵

Pero, sin duda, el principal inconveniente que tiene que afrontar aquel que decida convertirse en emprendedor de responsabilidad limitada es la ineficacia de la institución, puesto que el beneficio de la limitación del riesgo asumido desaparece en caso de que el emprendedor, como consecuencia de una situación de insolvencia, deba declararse en concurso de acreedores. La LAEI no recoge ninguna previsión específica referente a este supuesto, y, por ello, tampoco la Ley Concursal brinda un tratamiento especial o diferente a los emprendedores de responsabilidad limitada que se declaren o sean declarados en situación de concurso. Es por este motivo por el que han de ser aplicadas las reglas que establece la Ley Concursal, sin que exista ningún tipo de especialidad.

Así, una vez iniciado el procedimiento concursal, deberá nombrarse una administración concursal, surgiendo ya un primer problema referente al pago de los honorarios de esta administración concursal, porque este es un derecho de crédito que se satisface con cargo a la masa, y en la masa del concurso deberá ser integrada la vivienda habitual del emprendedor, ya que, dado que la característica que la define es el hecho de no responder frente a los acreedores derivados de la actividad económica, su inembargabilidad no puede oponerse frente a cualquier tipo de créditos, ni tampoco frente al derecho de retribución de la administración concursal. Por lo tanto, se observa cómo la institución del emprendedor de responsabilidad limitada cede en su protección de la vivienda habitual ante la declaración de concurso. Pero esta protección no pierde su eficacia únicamente ante este derecho de crédito, porque, aun cuando la vivienda habitual únicamente responda, en el seno del concurso, de aquellos créditos que no traigan causa de la actividad empresarial o profesional del emprendedor, si los derechos de crédito de los acreedores profesionales deben ser satisfechos en primer lugar conforme al orden de prelación de créditos propio del procedimiento concursal, y el único bien del que dispone el emprendedor concursado es su vivienda habitual, no cabe entender que pueda ser alterado el orden de satisfacción de los créditos, dando preferencia a acreedores cuyas deudas no deriven de la actividad empresarial y cuyos créditos deban ser satisfechos posteriormente, porque ello supondría una alteración de las reglas del procedimiento concursal que en ningún caso ha sido legalmente prevista y, además, se produciría una clara vulneración del principio de la *par conditio creditorum* perjudicando los intereses de los acreedores profesionales. Además, por otro lado, surge la paradoja de que si el emprendedor, ante una situación de eventual crisis en el

⁵⁵ Para una mayor amplitud sobre esta cuestión, véase MUÑOZ GARCÍA, A.: «El concurso de acreedores del Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Incongruencias normativas», *Diario La Ley* (Sección Documento *on-line*), n.º 8.230, enero 2014.

ejercicio de su actividad, no puede hacer frente a los créditos de sus acreedores, deberá declararse en concurso, con las consecuencias que ello genera, como hemos visto, sobre su vivienda habitual, pero, si con la intención de evitar la declaración de concurso a fin de proteger su vivienda habitual, no lo declara aun encontrándose en situación de insolvencia, los acreedores podrían instar, conforme a la legitimación que para ello les reconoce la Ley Concursal, la declaración de concurso necesario, que, por haber incumplido el emprendedor su obligación de declararse en concurso voluntario, sería calificado como culpable, lo que daría lugar a su responsabilidad patrimonial ilimitada, incluyendo su vivienda habitual, para satisfacer los créditos a los que debiera hacer frente.

Por lo tanto, resulta claro que la situación de insolvencia del emprendedor de responsabilidad limitada supone el fin de los escasos beneficios derivados de esta institución, ante la falta de una previsión expresa del legislador o de una reforma de la Ley Concursal que garantice en este supuesto la protección de la condición adquirida⁵⁶.

VI. CONCLUSIONES

Tomando como referencia lo expuesto en el anterior apartado de este trabajo, la conclusión a la que podemos llegar es negativa respecto del emprendedor de responsabilidad limitada, porque esta figura no parece cumplir los objetivos para los que fue creada, si de fomentar la actividad emprendedora y favorecer a los empresarios individuales se trataba. En efecto, como ya se ha visto, el emprendedor tiene que desarrollar un procedimiento para la constitución de su figura que parece excesivamente complejo, y, desde el punto de vista estrictamente económico, demasiado costoso, para lograr un único fin, que es evitar que las deudas que deriven de la actividad empresarial o profesional que realice sean satisfechas con cargo a aquel bien inmueble en el que el empresario haya fijado su vivienda habitual. Pero este único efecto de limitación de responsabilidad, que en realidad no es tal porque la responsabilidad del emprendedor sigue siendo ilimitada y a través de esta institución solo consigue que un bien de su patrimonio quede sustraído a las acciones de algunos de sus acreedores, queda totalmente desprovisto de su eficacia jurídica en caso de que el emprendedor se declare o sea declarado en concurso de acreedores; asimismo, tampoco resulta eficaz respecto de las obligaciones que el emprendedor deba cumplir con la Administración tributaria o con la Seguridad Social y, además, los acreedores que ya tuviera antes de su constitución en emprendedor de responsabilidad limitada podrán accionar contra la vivienda habitual a menos que consientan la oponibilidad de la limitación de responsabilidad, algo que, en la práctica, parece poco probable, puesto que los acreedores no estarán dispuestos a renunciar a la ejecución de un bien con el que puedan satisfacer el cobro de sus créditos. Igualmente, si la vivienda está hipotecada, algo que suele ser habitual para la mayor parte de los ciudadanos y,

⁵⁶ Como señala MUÑOZ GARCÍA, A.: «El concurso...», cit., pág. 1, «Si se quiere proteger a un determinado deudor, podemos configurar instituciones preconcursales, paraconcursales o concursales, pero hagámoslo en coherencia con el resto del ordenamiento porque, de no ser así, la protección dispensada puede quedar desguarnecida en aplicación del resto del sistema normativo. No es posible regular al ERL como si fuera una institución singular, al margen del sistema normativo en el actúa, obviando el resto, y en especial el Derecho concursal».

también, por ello, de los empresarios, la entidad de crédito con la que se haya contratado el préstamo hipotecario tampoco se verá afectada por los efectos que la figura del emprendedor de responsabilidad limitada proyecta sobre la vivienda del emprendedor, al no ser la entidad de crédito un acreedor titular de deudas derivadas de la actividad económica.

La regulación que ha establecido nuestro legislador es escasa y muy poco clarificadora: como ya se ha puesto de relieve, la interpretación de los artículos 7 a 11 de la LAEI suscita muchas dudas, y sería necesario que tuviera lugar un desarrollo reglamentario que las aclarase.

Por otro lado, el modelo que ha implantado el legislador francés es, a mi juicio, más eficaz, porque permite que el empresario constituya dos patrimonios, integrando en uno de ellos todos aquellos bienes que no quiere que se vean afectados por las deudas que contraiga en el ejercicio de su actividad. Los beneficios son, en este caso, mayores, y, por ello, hubiera sido deseable que nuestro legislador hubiera introducido en nuestro ordenamiento jurídico un modelo más similar al francés, más ventajoso para los empresarios individuales que el nuestro, por extender de manera considerable el alcance de la limitación del riesgo que debe ser asumido en el ejercicio de la actividad.

Con un modelo como el implantado por nuestro legislador, la institución de la sociedad unipersonal ofrece a los empresarios individuales un régimen que les aporta mayor seguridad jurídica, por su más profunda regulación, y, fundamentalmente, mayores garantías frente a sus acreedores, por comprometer únicamente lo aportado a la sociedad, y no todo su patrimonio a excepción de un único bien. La sociedad unipersonal ha sido el mecanismo utilizado hasta el momento por los empresarios individuales para limitar los riesgos asumidos en el desarrollo de su actividad económica, y parece probable que así lo vaya a seguir siendo si las nuevas alternativas que plantea el ordenamiento jurídico resultan más costosas y sus resultados son menos satisfactorios. No debe olvidarse, por otro lado, que el procedimiento de constitución de una sociedad unipersonal es, en la actualidad, extraordinariamente ágil y sencillo, y lo mismo puede decirse de su régimen de funcionamiento, por lo que, dada su mayor complejidad y las obligaciones contables que se le imponen, tampoco en este aspecto la nueva figura ofrece mayores beneficios al empresario.

En conjunto, y mientras la nueva regulación no sea mejorada, la sociedad unipersonal es un mecanismo más adecuado que la figura del emprendedor de responsabilidad limitada en la tarea de permitir a los empresarios individuales poner en marcha sus iniciativas empresariales reduciendo, en la medida de lo posible, los riesgos, así como limitando el número de elementos de su patrimonio que puedan verse negativamente afectados por el desarrollo del negocio. Por el momento, los datos de los que disponemos ya están corroborando esta afirmación: de acuerdo con la Estadística Mercantil del año 2013, se constituyeron en los registros mercantiles de toda España 13 emprendedores de responsabilidad limitada, mientras que el número de sociedades unipersonales se incrementó en más de un 6% respecto del año anterior, ya que se crearon un total de 45.398 sociedades de socio único. Tendremos que esperar a las cifras del año 2014 para descubrir si la figura del emprendedor de responsabilidad limitada se asienta en nuestro ordenamiento jurídico y se convierte en un instrumento de referencia para los empresarios españoles o si estos, por el contrario, siguen optando por la constitución de sociedades unipersonales para limitar los riesgos asumidos en el ejercicio de su actividad.

Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. [2013]: *Más bazofia al BOE: La ley de emprendedores (I y II)*, (accesible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/search?q=emprendedor+responsabilidad+limitada> –último acceso: 21 de octubre de 2013–).
- [2013]: «De leyes perversas y legisladores bondadosos», *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre, n.º 51 (accesible en <http://www.elnotario.es/index.php/229-hemeroteca/revistas/revista-51/3515-de-leyes-perversas-y-legisladores-bondadosos> –último acceso: 8 de marzo de 2013–).
- ALFONSO SÁNCHEZ, R. [2012]: «¿Queda tiempo para sociedades no inscritas? Constitución telemática de sociedades de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 39, págs. 305-314.
- BALDÓ DEL CASTAÑO, V. [1995]: «El empresario individual con responsabilidad limitada en la doctrina española», en VV. AA., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, tomo III, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 279 y ss.
- BOQUERA MATARREDONA, J. [2005]: «El concurso de la sociedad unipersonal y del socio único», en *Estudios sobre la Ley concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. II (*Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor*), Madrid, págs. 1.805-1.832.
- BOLDÓ RODA, C. [2006]: *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, Cizur Menor (Navarra).
- [2002]: «Veinte años de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo», en *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 1, Madrid, págs. 25-52.
- BRANCÓS NÚÑEZ, E. [2014]: «El emprendedor de responsabilidad limitada en la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización», *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero, n.º 53 (accesible en <http://elnotario.es/index.php/opinion/3590-el-emprendedor-de-responsabilidad-limitada-en-la-ley-de-apoyo-a-los-emprendedores-y-su-internacionalización> –último acceso: 16 de febrero de 2014–).
- CARBAJO CASCÓN, F. [2002]: *La sociedad de capital unipersonal*, Cizur Menor (Navarra).
- CARRASCO PERERA, A. [2013]: «La vivienda habitual exenta por deudas del empresario individual de responsabilidad limitada», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 8, págs. 472-474.
- FLORIANO RIVERA, M. [2010]: *Nueva Ley de Sociedades de Capital: Tabla de equivalencia*, (accesible en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/2010-sociedadesdecapital-articulos.htm> –último acceso: 16 de diciembre de 2013–).
- FUGARDO ESTIVIL, J. M. [2013]: *El empresario o empresa individual de responsabilidad limitada (Notas de Derecho comparado)*, (accesible en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-empresario-individual-responsabilidad-limitada.htm> –último acceso: 6 de septiembre de 2013–).
- GOMA LANZÓN, F. [2013]: *El Emprendedor de Responsabilidad Limitada, un ejemplo más de derecho inútil*, (accesible en <http://hayderecho.com/2013/10/09/el-emprendedor-de-responsabilidad-limitada-un-ejemplo-mas-de-derecho-inutil/> –último acceso: 8 de marzo de 2014–).
- GÓMEZ POMAR, F. [2013]: «Una nueva oportunidad perdida: La ley de emprendedores», *Revista In Dret*, n.º 4.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª B. [2004]: *La sociedad unipersonal en el Derecho español (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad limitada nueva empresa)*, Madrid: La Ley.
- GONZÁLEZ GARCÍA, S. [2010-2]: «Aprobación en Francia de la Ley sobre el Empresario Individual con Responsabilidad Limitada», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 35, págs. 583 y ss.

GUERRERO LEBRÓN, M.^a J. [2013]: «Ley de Emprendedores», *Revista de Derecho de los Negocios*, n.º 272, noviembre-diciembre, págs. 34-37.

HOUTCIEFF, D. [2010]: *Promulgation de la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée: chronique d'une révolution annoncée*, (accesible en <http://leblogdedimitrihoutcieff.blogspot.com/archive/2010/06/14/l-entrepreneur-individuel-a-responsabilite-limite-chronique.html> –último acceso: 9 de septiembre de 2013–).

MARTÍ SÁNCHEZ, N. [2002]: «El individuo sociedad (reflexiones sobre las sociedades unipersonales)» en *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, Madrid: McGraw-Hill, págs. 3.837-3.864.

MORILLAS JARILLO, M.^a J. [2013]: «Ley de emprendedores», *Revista de Derecho de los Negocios*, n.º 272, noviembre-diciembre, págs. 94-96.

MUÑOZ GARCÍA, A. [2013]: «El Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección», *Diario La Ley* (Sección Documento *on-line*), n.º 8.209, diciembre.

- [2013]: «Pérdida del beneficio reconocido al Emprendedor de Responsabilidad Limitada», *Diario La Ley* (Sección Documento *on-line*), n.º 8.211, diciembre.
- [2014]: «El concurso de acreedores del Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Incongruencias normativas», *Diario La Ley* (Sección Documento *on-line*), n.º 8.230, enero.

PELLIER, J. D. [2013]: «La nature juridique du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée», *Revue Trimestrelle de Droit Commercial et de Droit Economique*, n.º 1, págs. 45-58.

PEREÑA VICENTE, M. [2012]: «Instrumentos jurídicos para impulsar el crecimiento económico o cómo proteger el patrimonio personal del emprendedor», *Diario La Ley*, n.º 7.929, (accesible en <http://www.laleydigital.es> –último acceso: 4 de octubre de 2013–).

- [2013]: «Primeras impresiones sobre el Emprendedor de Responsabilidad Limitada incluido en el Proyecto de Ley de Apoyo a los Emprendedores», *Diario La Ley*, n.º 8.137, (accesible en <http://www.laleydigital.es> –último acceso: 11 de marzo de 2013–).

PILOÑETA ALONSO, L. M. [2002]: «La sociedad unipersonal en sí y en sus relaciones con el socio único», en *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, Madrid: McGraw-Hill, págs. 3.889-3.937.

ROCA FÉRNANDEZ-CASTANYS, J. A. [1991]: «Reflexiones en torno a la sociedad unipersonal», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 201, págs. 467 y ss.

RONCERO SÁNCHEZ, A. [2010]: «La sociedad unipersonal como forma de organización de la pequeña y mediana empresa», en Alcalá Díaz, M. A. (coord.), *Creación, gestión estratégica y administración de la PYME*, Navarra: Civitas, págs. 135 y ss.

SAINTOURENS, B. [2010]: «L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée», *Revue des Sociétés: Journal des Sociétés*, n.º 7, págs. 351 y ss.

TERRÉ, F. [2011]: *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec.

VV. AA. [1990]: «El empresario individual de responsabilidad limitada: ventajas, problemas, soluciones», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, págs. 15 y ss.

- [2011]: *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, vol. I, Madrid: Thomson-Reuters Civitas.
- [2013]: *Resumen de la Ley de emprendedores y su internacionalización*, (accesible en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/2013-emprendedores.html> –último acceso: 30 de septiembre de 2013–).