

BENITO ARRUÑADA

**FORMALIZACIÓN
DE EMPRESAS
COSTES FRENTE A
EFICIENCIA INSTITUCIONAL**

CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2010



El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones ver-
tidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como ma-
nifestación de su derecho de libertad de expresión.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático,
ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por
fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de ce-
sión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters
Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2010 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Benito Arruñada]

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-470-3434-5

Printed in Spain. Impreso en España

Depósito Legal: NA XXXX/2010

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

SUMARIO

	<u>Página</u>
Introducción	XX
Una estrategia de valor.....	XX
Método y contenido	XX
Agradecimientos	XX

PRIMERA PARTE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

CAPÍTULO 1	
SIMPLIFICACIÓN DE TRÁMITES: EL PORQUÉ DE TANTOS ERRORES	XX

SEGUNDA PARTE EL VALOR DE LA FORMALIZACIÓN DE EMPRESAS

CAPÍTULO 2	
LA LÓGICA DE LA FORMALIZACIÓN CONTRACTUAL DE LA EMPRESA	

CAPÍTULO 3	
EL CONTROL EN LOS REGISTROS EMPRESARIALES	

TERCERA PARTE POSIBILIDADES DE REFORMA

CAPÍTULO 4	
PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA REFORMA	

CAPÍTULO 5	
ANÁLISIS DE TRÁMITES CONTRACTUALES	

CAPÍTULO 6	
ANÁLISIS DE TRÁMITES ADMINISTRATIVOS	

CAPÍTULO 7
DOS EXPERIENCIAS IBÉRICAS DE REFORMA

CAPÍTULO 8
CÓMO ORGANIZAR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE
FORMALIZACIÓN

CUARTA PARTE
METODOLOGÍA DE EVALUACIÓN Y ANÁLISIS

CAPÍTULO 9
EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LAS REFORMAS.....

QUINTA PARTE
RESUMEN

CAPÍTULO 10
PRIORIDADES EN LA REFORMA DE LAS INSTITUCIONES
DE FORMALIZACIÓN EMPRESARIAL

ANEXO

Índice general.....
Índice de figuras

Índice de cuadros

Una estrategia de valor

Numerosos gobiernos y organizaciones internacionales de ayuda al desarrollo vienen dedicando en los últimos años gran cantidad de recursos a «simplificar» los trámites necesarios para constituir y operar legalmente las empresas. La tesis de este libro es que estas políticas no deben contentarse con reducir el coste, tiempo y número de esos trámites, sino que deben prestar atención preferente a la fiabilidad y, en general, al valor de la información que los registros públicos proporcionan a sus usuarios, tanto públicos como privados. El motivo de este énfasis en el valor reside en que la formalización de empresas, es decir, su inscripción en diversos registros públicos, es un proceso productivo ordinario y, como tal, no sólo origina costes sino que también proporciona servicios valiosos, tanto privados como públicos. La formalización, en cuanto a los servicios privados, ha de reducir los costes de transacción que sufren las empresas en sus futuras relaciones con otras empresas; y, en cuanto a los servicios públicos, ha de facilitar las relaciones futuras entre la Administración y las empresas.

Pese a lo valioso de estos servicios, muchas de las reformas de simplificación de trámites tan sólo pretenden reducir una parte de sus costes, aquellos que pagan directamente las empresas cuando formalizan su actividad. Así, olvidan que los costes que dejan de pagar las empresas directamente son asumidos, a menudo, por agencias públicas que las propias empresas acaban financiando vía impuestos generales. Peor aun, olvidan que las políticas dirigidas a reducir el coste de los servicios registrales pueden al mismo tiempo reducir su valor. Y este olvido del valor es más grave

en los países en desarrollo, en muchos de los cuales su nivel es en la actualidad ineficientemente bajo. De hecho, si en dichos países nos viéramos obligados a elegir o fijar prioridades entre reducir costes o aumentar el valor de los servicios registrales, deberíamos optar por aumentar el valor, debido a que unos servicios registrales fiables son un catalizador fundamental para la actividad económica, en especial en aquellas transacciones impersonales con extraños y con otras sociedades mercantiles que caracterizan a las economías de mercado modernas.

Esta necesidad de enfatizar el valor de los servicios obedece a que la información registral sólo reduce los costes de contratar cuando los jueces confían en ella, lo cual requiere fiabilidad en la entrada y salida de datos del registro jurídico de empresas. El control registral de las entradas puede ser más o menos amplio, pero ha de ser siempre eficaz en los contenidos sobre los que el registro ha de proporcionar información: como mínimo, sobre la fecha de entrada en el registro y la integridad de la información depositada por las empresas. Sólo así esta información puede tener consecuencias jurídicas y reducir los costes de transacción de las empresas en el futuro, favoreciendo el que puedan existir relaciones económicas impersonales. De lo contrario, si la información registral es poco fiable, los jueces la desdeñan y los agentes económicos la desprecian, lo que encarece la contratación empresarial, que sólo se podrá basar, entonces, en las relaciones personales entre los empresarios.

Debido al valor de la información registral en las decisiones judiciales y, como consecuencia, en el tráfico jurídico, así como en los procesos administrativos, al diseñar, evaluar y supervisar las reformas que se acometen en este campo debemos tener muy en cuenta el uso y la valoración que hacen del registro de empresas los jueces y los usuarios administrativos. Sobre todo los jueces, pues el beneficio de la formalización para las empresas –reducir su incertidumbre y, por esta vía, sus futuros costes de transacción–, depende del valor que concedan los jueces a la información registral cuando dictan sentencia.

Simultáneamente, conviene manejar con cuidado y, en principio, con cierto escepticismo las valoraciones positivas que puedan efectuar los empresarios acerca de la mayor rapidez o funcionamiento de los sistemas formalizadores. Estas valoraciones empresariales suelen basarse en una visión

parcial del fenómeno, parcialidad que lleva a marginar los efectos de las reformas sobre la eficacia del control registral, el valor de sus servicios y, por tanto, en última instancia, los costes de transacción de las empresas.

Adicionalmente, los registros y demás entidades que actúen como «ventanillas únicas» (*one-stop shops*) deben ser fiables para que la propia simplificación de trámites sea sostenible. Eso requiere que el grado de control de la información sea suficiente para las necesidades de Hacienda y de los demás organismos responsables de los registros administrativos. En otros términos, sólo un registro de empresas fiable puede asumir con garantía las tareas de control que desarrollan los registros administrativos, sobre todo los fiscales. De lo contrario, subsistirán esos registros administrativos y no se eliminarán los trámites correspondientes, con lo que la ventanilla no será realmente única; o bien, si esos trámites se consiguen eliminar o fundir en la ventanilla única, el logro será transitorio, pues tenderán a reintroducirse dichos registros administrativos y sus trámites en cuanto los organismos afectados observen que la ventanilla única no ejerce el grado de control que ellos necesitan para desempeñar sus funciones eficazmente.

No olvidemos que incluso Hayek considera los registros públicos como parte de las actividades nucleares imprescindibles en un Estado liberal¹. Algunos reformadores ingenuamente liberales suscriben hoy propuestas de reforma de los procesos de formalización cuyo objetivo primordial es diluir cualquier tipo de control sobre la empresa, de modo que, de aplicarse tales reformas, la Hacienda Pública y otros organismos de la Administración no podrían emplear los registros con fines fiscales. Aparentemente, desean que la Hacienda Pública no pueda cobrar impuestos a las empresas, una situación que no sólo es difícil de justificar sino que en la práctica nunca llega a producirse, pues, cuando las reformas simplificadoras

¹ Friedrich A. von Hayek, *Law, Legislation, and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy* (vol. 3, *The Political Order of a Free People*), Routledge & Kegan Paul, Londres, 1982, pág. 44. Véase la traducción al castellano: *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2006, pág. 412.

deterioran las fuentes de información de la Hacienda Pública, ésta crea enseguida un nuevo registro fiscal, duplicando trámites.

En resumen, lo prioritario no es reducir el coste que paga el empresario para tramitar la formalización inicial de la empresa, ya que, al fin y al cabo, el empresario incurre en él una sola vez, sino reducir los *costes de transacción de todas sus relaciones jurídicas*, los cuales son recurrentes y mucho más cuantiosos, aunque la mayoría de ellos sean costes de oportunidad y, por tanto, invisibles, ya que provienen de intercambios que se han vuelto irrealizables. Para reducir esos costes de transacción totales, no basta con una mera reingeniería de trámites, que incluso puede ser contraproducente. Hace falta, en cambio, potenciar el valor de la formalización empresarial.

Método y contenido

El desarrollo económico requiere instituciones eficientes, a cuya sombra pueda germinar la iniciativa individual. Se sabe cuándo las instituciones funcionan bien y qué costes entraña el que funcionen mal. Por desgracia, se sabe poco acerca de cómo diseñarlas o cómo hacer que funcionen mejor. De ahí que este trabajo se asiente en dos pilares. El primero de ellos es la convicción de que construir instituciones no es una tarea sencilla, una mera reingeniería de procesos informativos o burocráticos, sino que requiere comprender y tener en cuenta las interacciones que existen entre los agentes económicos y los marcos jurídicos y burocráticos en que viven. Requiere, en suma, una mínima teoría de las instituciones que se pretenden reformar, una teoría que identifique cuál es la *función* de esas instituciones para que la reforma sea al menos consecuente con dicha función.

El segundo pilar lo constituye el reconocimiento de que la actual ignorancia en materia de desarrollo institucional sólo se puede atacar con un esfuerzo multidisciplinar. Por este motivo, se ha aplicado aquí una metodología interactiva, en la que se han puesto en contacto tres elementos esenciales: primero, la experiencia práctica en la reforma de los procesos administrativos relacionados con la creación y funcionamiento de las empresas; segundo, la experiencia de los organismos internacionales en los

proyectos de reforma; y, por último, los métodos de análisis de la Nueva Economía Institucional.

En aplicación de esta filosofía, tras esta introducción, el libro se estructura en cinco partes diferenciadas. La primera parte examina las raíces metodológicas de la simplificación de trámites, prestando especial atención a la iniciativa *Doing Business* del Banco Mundial. A continuación, la segunda parte identifica cuáles son las funciones de los registros de empresas, y describe las principales opciones de diseño y requisitos organizativos que dichas funciones imponen. La tercera parte examina y evalúa las principales posibilidades de simplificación de trámites, ilustrando problemas y soluciones con ejemplos extraídos de la metodología de los informes *Doing Business*, de las recomendaciones de «buena práctica» de la Unión Europea, de las experiencias búlgara, colombiana, española, estadounidense y portuguesa en este campo, y de cinco iniciativas incipientes en otros tantos países latinoamericanos. La cuarta parte propone una metodología cuya aplicación permitiría a los responsables de este tipo de reforma desarrollar con mayor eficacia sus tareas, tanto a la hora de diseñar sus planes de actuación como de asignar recursos entre posibles proyectos alternativos, introducir cambios y condicionamientos en los proyectos elegidos, o planificar y supervisar su desarrollo y ejecución. El libro finaliza con una quinta parte en la que se resumen y definen las prioridades que deben adoptar las reformas en este terreno.

Agradecimientos

La elaboración de este libro se ha beneficiado de la ayuda, colaboración y comentarios recibidos de numerosos profesionales, organizaciones y colegas en las distintas fases de su elaboración. En especial, han sido esenciales la información casuística proporcionada por Eduardo García Martínez, Carlos Alberto Mateus Hoyos, Javier Romero Lafuente y Arjan Sundardas Mirchandani; y las observaciones críticas y comentarios de Baralides Alberdi, Jesús Alfaro, Veneta Andonova, Diether Beuermann, William J. Carney, Wade Channell, Victoria M. Elliott, Luis Fernández del Pozo, Francisco Garcimartín, Ricard Gil, Fernando Gómez Pomar, Yadira González de Lara, Henry Hansmann, Christian Harm, Ron Harris, Paul Holden, Daniel Kaufmann, Phillip Keefer, Amalia Kessler, Francisco Mar-

CAPÍTULO 1

SIMPLIFICACIÓN DE TRÁMITES: EL PORQUÉ DE TANTOS ERRORES

Las políticas que se están adoptando actualmente en muchos países difícilmente podrían ser más opuestas a la tesis que mantenemos en este libro¹. En efecto, en los últimos años han proliferado iniciativas que pretenden tan sólo simplificar los trámites necesarios para formalizar empresas, sobre todo desde que el Banco Mundial elabora los informes anuales conocidos como *Doing Business*². Estos informes, que siguen un método

¹ La mayor parte de este capítulo ha sido publicado en Benito ARRUÑADA, «Pitfalls to Avoid when Measuring the Institutional Environment: Is *Doing Business* Damaging Business?», *Journal of Comparative Economics*, vol. 35, núm. 4, 2007, págs. 729-747. Una versión resumida con aplicaciones a Latino América ha aparecido en Benito ARRUÑADA, «El imperativo de eficacia en la formalización de empresas», *Globalization, Competitiveness and Governability Journal*, vol. 1, núm. 1 (<http://tinyurl.com/pz3lp4>, visitada el 19 de marzo de 2008). Para la discusión que ha suscitado el artículo, véase la respuesta del responsable del proyecto *Doing Business*: Simeon DJANKOV, «A Response to “Is *Doing Business* Damaging Business”», *Journal of Comparative Economics*, *corrected proof* disponible en Science Direct (doi:10.1016/j.jce.2008.01.003), disponible también gratuitamente en <http://tinyurl.com/pq5uy9> (su publicación fue retirada de la revista por deseo del Sr. Djankov); así como la réplica del autor: Benito ARRUÑADA, «Will *Doing Business* Keep Damaging Business?», *Journal of Comparative Economics*, *accepted manuscript* disponible en Science Direct (doi:10.1016/j.jce.2008.04.001), también disponible gratuitamente en <http://tinyurl.com/5sjhbd> (su publicación fue asimismo retirada de la revista por decisión de sus editores tras haber retirado el Sr. Djankov su respuesta). El lector interesado puede acceder y participar en una discusión de estos asuntos en <http://tinyurl.com/o727ae>. Todos los portales de esta nota fueron visitados y, en su caso, sus direcciones resumidas el 9 de mayo de 2009. Véanse las notas 4 y 59 para referencias críticas adicionales sobre *Doing Business*.

² WORLD BANK, *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*, World Bank y Oxford University Press, Washington DC, 2003; WORLD BANK, *Doing Business*

de encuesta inspirado en las ideas de Hernando de Soto y desarrollado por Djankov *et al.*³, estiman, entre otros muchos indicadores sobre los obstáculos para la actividad empresarial, cuántos trámites se necesitan y qué costes se incurren para abrir una empresa en cada uno de los países que participan en la encuesta⁴.

in 2005: Removing Obstacles to Growth, Oxford University Press, Washington DC, 2004; WORLD BANK, *Doing Business in 2006: Creating Jobs*, Oxford University Press, Washington DC, 2005; WORLD BANK, *Doing Business in 2007: How to Reform*, Oxford University Press, Washington DC, 2006; WORLD BANK, *Doing Business 2008*, World Bank Publications, Washington DC, 2007; WORLD BANK, *Doing Business 2009: Five Years of Reforms*, Palgrave Macmillan y World Bank, Washington DC, 2008; WORLD BANK, *Doing Business 2010: Reforming through Difficult Times*, Palgrave Macmillan y World Bank, Washington DC, 2009; WORLD BANK, *Doing Business 2011*, World Bank, Washington DC, 2010. (En cada informe, los datos están referenciados al mes de enero precedente a la fecha de publicación: enero de 2002 para *Doing Business in 2004*, por ejemplo). Véase también la página en Internet del proyecto, desde la que es posible consultar y bajar datos sobre cada país (<http://www.doingbusiness.org/>, visitada el 21 de febrero de 2007). Los esfuerzos del Banco Mundial en este terreno son paralelos a los de otros organismos internacionales, como, por ejemplo, la OCDE (véase ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, *From Red Tape to Smart Tape: Administrative Simplification in OECD Countries*, OECD, París, 2003; y *Cutting Red Tape: National Strategies for Administrative Simplification*, OECD, París, 2006). Véase *Doing Business in 2004* (págs. 1-15) para una descripción de otros ocho indicadores internacionales de la calidad del entorno institucional, elaborados por Business Environment Risk Intelligence (BERI), Euromoney Institutional Investor (EII), International Country Risk Guide (ICRG), Political Risk Services group, Country Risk Review (CRR), Global Insight, The Economist Intelligence Unit (EIU), The Heritage Foundation, World Markets Research Center y A. T. Kearney.

³ Véanse Hernando de SOTO, *El otro sendero: la revolución informal*, El Barranco, Lima, 1986; Hernando de SOTO, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Basic Books, Nueva York, 2000; y Simeon DJANKOV, Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES y Andrei SHLEIFER, «The Regulation of Entry», *Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, núm. 1, 2002, págs. 1-37.

⁴ La propia evaluación interna del Banco Mundial, efectuada por el *Independent Evaluation Group* (IEG, The World Bank, *Doing Business: An Independent Evaluation Taking the Measure of the World Bank/IFC Doing Business Indicators*, World Bank, Washington DC, 15 de junio de 2008 [<http://tinyurl.com/d5fdhu>]) ha sido muy crítica no tanto del método de DB como de su aplicación. Por todo ello, la prensa financiera la consideró como una seria reprimenda. (Véase, por ejemplo, Bob DAVIS, «World Bank Watchdog Panel Rips “Doing Business”», *The Wall Street Journal*, 13 de junio

En esencia, Djankov *et al.* argumentan que los políticos y burócratas en control de las instituciones regulan la «entrada» (en realidad, la formalización⁵) de las empresas con el solo fin de capturar rentas (*rent seeking*). No atienden dichos autores a que esta formalización también genera servicios útiles para las propias empresas y la Administración Pública. Ciertamente, existe captura de rentas en los procesos de formalización, pero su presencia no puede llevarnos a olvidar la utilidad y los beneficios sociales de la formalización. Semejante olvido entraña consecuencias funestas para el desarrollo institucional y económico en este campo: al desenfatizar los beneficios sociales de la formalización y suponer que no varían entre las diversas soluciones formalizadoras, la receta simplificadora acaba de hecho reducida a un intento de suprimir trámites sin atender al valor de los servicios. Es más, si el reformador diera por confirmada esta hipóte-

de 2008). No obstante, la evaluación del IEG afirmó de forma un tanto contradictoria que «no encontró pruebas de que los indicadores DB hayan distorsionado las prioridades de las políticas de reforma» (pág. xvii) y que «hay pocas pruebas de que los indicadores DB hayan distorsionado la prioridades de las políticas en los países o en los programas del Banco» (pág. 53). Véase, sin embargo, Benito ARRUÑADA, «How *Doing Business* Jeopardizes Institutional Reform», *European Business Organization Law Review*, vol. 10, núm. 4, 2009, págs. 555-574 (documento de trabajo disponible en <http://ssrn.com/abstract=1143312>), donde muestro cómo DB distorsiona las políticas de reforma en el área de formalización de empresas y pone así en peligro sus propios objetivos. El artículo también describe los cambios que sería preciso introducir en los objetivos, gobierno y metodología de DB para que fuera fiel a sus objetivos. Otras dos evaluaciones, encargadas por el Banco Mundial son las realizadas por Simon COMMANDER y Katrin TINN, «Evaluating *Doing Business*», 2007 (disponible en www.worldbank.org/ieg), y Antoinette SCHOAR, «Evaluation of *Doing Business* 2004 2005 2006 Reports» (disponible en <http://tinyurl.com/crk3jc>). Todos los portales de esta nota fueron visitados y, en su caso, sus direcciones resumidas el 9 de mayo de 2009.

⁵ Es significativo que el trabajo original de Djankov *et al.* se titule «La regulación de la entrada», 2002, *op. cit.*, n. 3. Los economistas solemos hablar de lo costoso que resulta entrar en un mercado o de que en un mercado existen «barreras de entrada» cuando por razones asociadas a la estructura competitiva del mercado, como sería la presencia de un monopolista, resulta difícil competir en él. El título sugiere que los costes de la formalización constituyen una barrera más a la entrada. Al hacerlo, ya se concede un papel protagonista a los costes de la formalización y la conveniencia de reducirlos. No hay nada malo en ello, excepto que el uso de este símil lleva a marginar el hecho de que incurrir en unos ciertos costes de formalización hoy puede reducir los costes de transacción en el futuro, mientras que las «barreras de entrada» convencionales no generan este tipo de efecto positivo.

sis de captura de rentas y tuviera suficiente poder, habría de suprimir todo tipo de intervención o trámite obligatorio. Por ello, si el Banco Mundial fuese consecuente con la teoría de la formalización en que se basan sus informes *Doing Business*, no debería defender la simplificación de trámites, sino la supresión de todo trámite obligatorio⁶, como sucedió en el siglo XIX con la formalización de los comerciantes individuales⁷.

Como veremos, las cosas no son tan simples y ni siquiera el Banco Mundial apura el análisis hasta sus últimas consecuencias lógicas. El motivo es que suprimir esos trámites no sólo tropieza con los intereses creados sino también con la realidad de que muchos de ellos son útiles. En la práctica, el resultado acaba siendo que, en vez de suprimir trámites, éstos sólo se comprimen y aceleran. Para conseguirlo, los gobiernos y las organizaciones de ayuda al desarrollo invierten en tecnologías informáticas y a menudo crean nuevos aparatos burocráticos e incluso introducen nuevos trámites y nuevas figuras legales con particularidades y excepciones que incrementan la complejidad general del sistema (el caso, por ejemplo, de la fracasada sociedad limitada «nueva empresa» española, o SLNE, que comentaremos en la sección 7.1, y que fue celebrado como un éxito por uno de los informes *Doing Business*⁸). Por otro lado, esta compresión de trámites no mejora e incluso a veces llega a empeorar la calidad de la información que entra o sale de los registros públicos. Estas reformas son, por tanto, costosas; no siempre reducen los costes de la formalización; y, lo que es más grave, no aumentan el valor de la formalización, algo de lo que están especialmente necesitados los países menos desarrollados, debido a que muchos de ellos carecen de instituciones eficaces en este ámbito. Por este motivo, el énfasis en la reducción de costes explícitos, con el consiguiente olvido del valor de las instituciones, es especialmente dañino para el desarrollo.

⁶ Las sociedades mercantiles se crearían así por medios puramente contractuales. Véase el apartado 2.5.1 para observar en un caso histórico (el de la Inglaterra anterior a la ley que crea el registro de sociedades en 1844) las dificultades que encontraría esta solución. Al contrario de lo que afirma, por ejemplo, *Doing Business in 2004* (World Bank, *Doing Business in 2004, op. cit.*, n. 2, pág. 17), la ausencia de registro de una sociedad mercantil no suele impedir el acceso a los tribunales de justicia.

⁷ Véase la nota 42 del capítulo 2.

⁸ Véase World Bank, *Doing Business in 2005, op. cit.*, n. 2, págs. 17-18.

CAPÍTULO 2

LA LÓGICA DE LA FORMALIZACIÓN CONTRACTUAL DE LA EMPRESA

Para mejorar la eficiencia de las instituciones es preciso entender qué función desempeñan. Por ello, si pretendemos reformar las dedicadas a la formalización empresarial, debemos empezar por preguntarnos en qué consiste y para qué sirve dicha formalización. En este capítulo responderemos estas preguntas desarrollando una teoría de la formalización registral de los contratos, para analizar en parte del capítulo 2 y en el capítulo 5 la formalización administrativa¹.

2.1. INTRODUCCIÓN

La teoría se centra en el carácter secuencial de la mayor parte de los intercambios económicos, necesario para lograr la especialización productiva. Distingue así dos tipos de transacciones. Primero, en las transacciones «originarias», uno o varios «principales» –propietarios, empleadores, accionistas, acreedores, etc.– contratan en privado con uno o varios «agentes» –poseedores, empleados, representantes de sociedades, directivos–. Segundo, en las transacciones «subsiguientes», dichos agentes contratan con terceros de tal forma que comprometen o

¹ La mayor parte de este capítulo ha sido publicado en inglés como Benito ARRUÑADA, «Institutional Support of the Firm: A Theory of Business Registries», *The Journal of Legal Analysis*, vol. 2, otoño, 2010 (en prensa); y en español en las secciones 1 y 3 a 6 de Benito ARRUÑADA, «Fundamentos institucionales de la contratación empresarial: Una teoría del registro mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 278, diciembre, 2010 (en prensa).

«propiedad» o de «responsabilidad»⁴. Tomemos como referencia el caso en que un agente excede sus atribuciones y vende bienes del principal que no está autorizado a vender. De aplicarse la regla de propiedad, los bienes vendidos volverían al principal y el tercero sólo conseguiría un derecho a ser indemnizado por el agente. Como consecuencia, se maximizaría la eficacia del derecho de propiedad pero se agravaría la asimetría informativa de los terceros respecto a la titularidad de los bienes y la capacidad del agente. Por el contrario, de aplicarse la regla de responsabilidad, los bienes vendidos permanecerían con el tercero y sería el principal quien habría de resarcirse del agente. En consecuencia, se minimizaría la eficacia del derecho de propiedad pero se eliminaría la asimetría informativa que sufren los terceros en situaciones semejantes.

Para superar este dilema entre la eficacia del derecho de propiedad y la asimetría informativa, expandiendo así el conjunto de transacciones viables sin poner en peligro los derechos de propiedad, el derecho tiende a aplicar reglas de responsabilidad, pero permitiendo a los principales elegir reglas de propiedad cuando hacen pública dicha elección. Los principales pueden producir esta publicidad o «apariencia» por medios diferentes, tales como mantener la posesión de bienes muebles, inscribir sus pretensiones en un registro público o instar un procedimiento registral o judicial para que se les reconozcan públicamente sus derechos. De este modo, cuando optan por una regla de propiedad, los principales están seguros mientras que, gracias a la publicidad, los terceros sufren poca asimetría informativa. De modo semejante, cuando eligen una regla de responsabilidad, son los terceros quienes están seguros mientras que los de-

⁴ Los términos «regla de responsabilidad» y «regla de propiedad» están inspirados por los empleados en el trabajo clásico de Guido CALABRESI y A. Douglas MELAMED, «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, págs. 1089-1128; traducido al español como «Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: Una perspectiva de la catedral», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, núm. 1, enero-marzo de 1997, págs. 187-235. (En español, véase especialmente Cándido PAZ-ARES, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 175-176, 1985, sobre todo págs. 29-34). A diferencia de Calabresi y Melamed, en nuestro caso las reglas se definen en el contexto de una secuencia contractual con tres partes. Asimismo, la regla de propiedad es aquí más fuerte que en Calabresi y Melamed. Véase, para mayor detalle, Arruñada, «Institutional Support of the Firm», 2010, *op. cit.*, n. 1.

rechos de los principales se debilitan. Este debilitamiento está contenido, sin embargo, por el hecho de que son los propios principales quienes eligen, por ejemplo, a qué agentes confían la posesión o nombran como administradores societarios, momento éste en el que implícitamente están optando por una regla de responsabilidad.

Este cambio de reglas es más o menos dificultoso para diversos tipos de transacciones. Surgen pocas dificultades cuando la transacción originaria da lugar a hechos o manifestaciones verificables, tales como la posesión de bienes muebles. Para tales casos, los jueces pueden basar sus decisiones en información pública. Todo lo que se necesita para que el sistema funcione y se adapte con eficacia son criterios claros respecto a qué reglas rigen en cada contexto: por ejemplo, reglas de responsabilidad en un contexto comercial. Esta solución se hace más difícil, en cambio, cuando la transacción originaria no produce manifestaciones verificables. La verificación puede incluso resultar imposible si el contrato permanece oculto y sus consecuencias no son observables. Piénsese, por ejemplo, en las dificultades que comportaría establecer por medios puramente contractuales la existencia de una sociedad mercantil, distinguiendo los activos de la sociedad de los activos personales de sus socios. En estos contextos en que la verificación es difícil, tiene más sentido «formalizar» los contratos originarios, reflejándolos en un registro público. Este proceso ha de reunir dos condiciones. Primero, para evitar la manipulación, ha de ser independiente de todas las partes, incluyendo a las que suscriben el contrato originario y a quienes dependen económicamente de ellas. Esta condición separa radicalmente la formalización registral de la meramente documental (referida ésta a que el contrato tenga forma escrita, esté preparado por abogados o notarios, o autenticado por notarios y testigos)⁵, que está diseñada para proteger entre sí a las partes del contrato ori-

⁵ Excluiremos en la mayor parte del análisis esta formalización privada del contrato, entendida como el uso de medios de todo tipo –contratos escritos, letrados, notarios, testigos y similares–, para probar mejor el contenido de la transacción originaria. Puesto que son las partes de dicho contrato originario las que eligen y retribuyen tales medios, éstos tienden a depender de ellas, por lo que esta formalización privada no proporciona una base sólida para las decisiones judiciales que afecten a los terceros que suscriben los contratos subsiguientes. Como consecuencia, no les protege ni reduce su desventaja informativa, por lo que resulta ineficaz para habilitar transacciones *impersonales* seguras. (Ni siquiera en el caso de los instrumentos negociables, tratados en el apartado 2.4.2, pues se trata de transacciones personales).

ginario. Segundo, algunos elementos del contrato originario han de ser accesibles por el público o, cuando menos, por los terceros potenciales, para que éstos puedan conocer las reglas a que están sujetos los contratos subsiguientes que contemplan suscribir.

En esencia, la formalización registral de los contratos es el instrumento mediante el cual la elección voluntaria de reglas favorecedoras del mercado es verificable por los jueces y, por tanto, compromete a las partes. Además de clarificar el papel esencial que representa la independencia de la entidad formalizadora con respecto a las partes, esta teoría permite establecer prioridades sólidas para su reforma. En especial, cuando el registro es incapaz de proporcionar pruebas fiables a los jueces, tiene poco sentido centrar la reforma en acelerar la tramitación, un objetivo que ha sido adoptado con frecuencia en las últimas décadas. La teoría también demuestra el papel crucial que representan los jueces. Si éstos no consideran los certificados registrales como pruebas concluyentes, los terceros tenderán a despreciar el registro y verlo como una burocracia inútil. Será ésta una conclusión lógica, pues, de hecho tales certificados no reducen la asimetría informativa de los terceros. Dado que muchas de las reformas puestas en marcha últimamente no han prestado ninguna atención al valor que los jueces conceden a la información registral, también en este terreno se necesita un cambio radical en las prioridades de reforma. Por último, la teoría da pie a alertar contra el anacronismo que supone mantener vigentes hoy en día todo tipo de soluciones jurídicas y organizativas pensadas para una economía de transacciones personalistas, pues la economía actual demanda soluciones jurídicas aptas para transacciones impersonales.

El análisis de este capítulo se desarrolla en un marco cercano a varias teorías de los derechos de propiedad. Principalmente, las de Merrill y Smith, Hansmann y Kraakman, Arruñada⁶, y, en particular, las que con-

⁶ Thomas W. MERRILL y Henry E. SMITH, «Optimal Standardization in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle», *Yale Law Journal*, vol. 110, núm. 1, 2000, págs. 1-70; Henry HANSMANN y Reinier H. KRAAKMAN, «Property, Contract, and Verification: The *Numerus Clausus* Problem and the Divisibility of Rights», *Journal of Legal Studies*, vol. 31, núm. 2, 2002, págs. S373-S420; y Benito ARRUÑADA, «Property Enforcement as Organized Consent», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 19, núm. 2, 2003, págs. 401-444.

templan la sociedad mercantil desde la perspectiva de los derechos de propiedad, basadas en la idea de partición de activos en Hansmann, Kraakman y Squire; en la propiedad compartida, en Armour y Whincop; en la personalidad jurídica, en Iacobucci y Triantis; y en el concepto de modularidad que aglutina estos y otros elementos, en Smith⁷. Sin embargo, el eje del presente trabajo es diferente. Mientras que las teorías precitadas se interesan mayormente por identificar la naturaleza del derecho de sociedades, la presente obra pretende comprender las soluciones organizativas que facilitan la contratación societaria. Además, se separa de buena parte de la literatura de análisis económico del derecho al centrarse en los casos y soluciones que son más comunes en la población de transacciones –en nuestro caso, aquellos en que se cumplen los supuestos de agencia voluntaria y asimetría de información– en vez de en aquellos otros que son más frecuentes en la muestra de litigios⁸. Como consecuencia, el trabajo se cen-

⁷ Véanse, principalmente, (1) Henry HANSMANN y Reinier H. KRAAKMAN, «The Essential Role of Organizational Law», *Yale Law Journal*, vol. 110, núm. 3, diciembre, 2000, págs. 387-440; y Henry HANSMANN, Reinier H. KRAAKMAN y Richard C. SQUIRE, «Law and the Rise of the Firm», *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 5, marzo, 2006, págs. 1333-1403; (2) John ARMOUR y Michael J. WHINCOP, «The Proprietary Foundations of Corporate Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, núm. 3, 2007, págs. 429-465; (3) Edward M. IACOBUCCI y George G. TRIANTIS, «Economic and Legal Boundaries of Firms», *Virginia Law Review*, vol. 93, núm. 3, 2007, págs. 515-570; y (4) Henry E. SMITH, «Modularity in Contracts: Boilerplate and Information Flow», *University of Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, págs. 1175-1222; «Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information», *Yale Law Journal*, vol. 116, 2007, págs. 1742-1822; y «Governing Water: The Semicommons of Fluid Property Rights», *Arizona Law Review*, vol. 50, núm. 2, 2008, págs. 445-478.

⁸ Trataremos, por tanto, las excepciones de forma somera, para centrarnos en las reglas generales. Como señalan Edward L. RUBIN («The Non-Judicial Life of Contract: Beyond the Shadow of the Law», *Northwestern University Law Review*, vol. 90, otoño, 1995, págs. 107-131) y Oliver E. WILLIAMSON («Revisiting Legal Realism: The Law, Economics, and Organization Perspective», *Industrial and Corporate Change*, vol. 5, núm. 2, 1996, págs. 383-420; y «Why Law, Economics, and Organization?», *Annual Review of Law and Social Science*, 2005, págs. 369-396), tanto la doctrina jurídica como el análisis económico del derecho tienden a menudo a prestar más atención a las disputas judiciales que a la realidad contractual. Este énfasis en los pleitos lleva a veces a basar las teorías en patologías, en lugar de en las soluciones más comunes, formulando incluso las reglas generales en términos de excepciones o tomando los regímenes excepcionales como si fueran reglas generales. Este sesgo de selección puede estar en el origen de la atención obsesiva que la literatura ha prestado al robo de bienes

tra en el papel que representan las instituciones al modificar la estructura del problema de información, en vez de centrarse en cómo los incentivos y costes de las partes determinan los resultados alcanzables bajo reglas alternativas y, por tanto, la optimidad local de una u otra regla en distintas circunstancias. Se centra así en analizar cómo las instituciones redefinen el problema, contribuyendo a superar las dificultades que, en ausencia de instituciones, encuentran las partes para producir por sí mismas la información que sería necesaria para posibilitar el intercambio; una función de las instituciones gracias a la cual los agentes económicos alcanzan una optimidad global, y no meramente local.

Iniciamos el análisis en la sección 2.2 examinando cómo la publicidad contractual permite aplicar tales reglas y reducir así costes de transacción en el mercado. Seguidamente, veremos en la sección 2.3 cómo la formalización es fundamentalmente un tipo de publicidad. Profundizando en este análisis en general, en la sección 2.4 demostraremos por qué se necesita formalizar la publicidad⁹, sujetándola a un control independiente, en el caso de las sociedades, e identificaremos la principal dificultad a la que se enfrenta la formalización: su carácter de bien público. A continuación, en la sección 2.5 exploraremos cuatro casos históricos en los que se confirman estos argumentos teóricos. Tras unas breves conclusiones recogidas en la sección 2.6, cierra el capítulo la sección 2.7 con una discusión teórica complementaria sobre la importancia relativa que entraña proteger la entidad y limitar la responsabilidad al facilitar la contratación societaria.

muebles y la presencia de terceros informados o de mala fe, o del tratamiento marginal que se da, en cambio, a las transacciones comerciales estándar, incluso cuando se introduce el tema de la transmisión de muebles. Véanse a este respecto, por ejemplo, Robert COOTER y Thomas ULEN, *Law and Economics*, 2.^a ed., Addison-Wesley, Reading, MA, 1997, págs. 129-31; y Richard. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5.^a ed., Boston, Little, Brown and Company, 1998, págs. 91-92.

⁹ En España, suele hablarse de «publicidad formal» para referirse a los medios de acceso al registro y de «publicidad material» para sus efectos jurídicos. Como se desprende del contexto, cuando hablamos de la necesidad de formalizar la publicidad o de «publicidad formalizada» nos referimos a lo que en derecho español se suele denominar «publicidad material».

EL CONTROL EN LOS REGISTROS EMPRESARIALES

Si bien hasta ahora nos hemos centrado en la formalización registral de los contratos privados¹, en lo que sigue trataremos el asunto desde una perspectiva más amplia, en sintonía con el contenido habitual de las reformas institucionales que se acometen en este terreno y que suelen incluir tanto la formalización contractual como la administrativa. Así entendida, la formalización empresarial comprende todos los trámites necesarios para que una empresa pueda funcionar en cumplimiento pleno de la legalidad vigente. Incluye, por tanto, además de los trámites necesarios para lograr que se formalice desde el punto de vista contractual, aquéllos que sean necesarios para que regularice su situación fiscal, contrate a sus trabajadores, empiece a operar sus instalaciones productivas y efectúe transacciones comerciales. Esta perspectiva integral de la formalización hace necesario empezar analizando la racionalidad de la formalización administrativa y sus diferencias con la formalización contractual (sección 3.1). A continuación, desde un punto de vista general, la sección 3.2 analiza los tipos y consecuencias del control registral, el eje de la interacción entre formalización contractual y administrativa²; la sección 3.3 describe la situación en varios países; y la sección 3.4 extrae diversas consecuencias prácticas para las políticas de reforma institucional.

¹ Por brevedad, en este capítulo 3 haremos referencia a la formalización registral de los contratos como «formalización contractual» excepto cuando existe riesgo de confusión con la formalización privada o «documental» del contrato mediante la forma escrita o la intervención de letrados, notarios o testigos (nota 5 del capítulo 2).

² La sección 6.2 aborda la posibilidad de coordinar los procesos productivos de la formalización contractual y administrativa.

3.1. INTRODUCCIÓN A LA FORMALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

3.1.1. RACIONALIDAD DE LA FORMALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

La formalización empresarial que hemos catalogado como contractual y que acabamos de analizar en el capítulo precedente, reduce los costes de las transacciones que tienen lugar libremente en el mercado. Por el contrario, la formalización administrativa impone un conjunto de restricciones sobre los contratos originarios de la empresa, para facilitar, no los contratos privados, sino la intervención coactiva del Estado: sobre todo, la recaudación de impuestos y la regulación de la actividad empresarial.

La formalización administrativa ayuda así en principio a corregir todo tipo de fallos del mercado. Sobre todo en el plano fiscal, la formalización fiscal permite que el Estado proporcione bienes públicos, principalmente las instituciones jurídicas y de seguridad que definen y hacen cumplir los derechos de propiedad y los contratos: no sólo las leyes y los tribunales, sino incluso la policía y el ejército. A su vez, otras modalidades de formalización administrativa intentan controlar las externalidades negativas, como las que originan las empresas en términos de ruido, salubridad y contaminación, obligándolas a obtener licencias antes de iniciar sus actividades.

Por desgracia, también la política, al igual que el mercado, es proclive a sufrir fallos e imperfecciones. En este campo, los fallos de la política se traducen en que la formalización administrativa es a menudo víctima de errores e intereses espurios que, con la excusa de solucionar antiguos o inexistentes fallos del mercado, de hecho empeoran la situación o incluso secuestran el mercado en beneficio particular. Sucede así cuando se sobreestiman los costes de transacción privados y, consiguientemente, se subestima la capacidad de las transacciones libres para interiorizar efectos externos o producir bienes parcialmente públicos. Asimismo, suelen aparecer notables conflictos de agencia en las decisiones políticas y administrativas, de modo que, tanto la definición política de las condiciones a las que se sujetan las transacciones privadas como su control administrativo, responden imperfectamente al interés público.

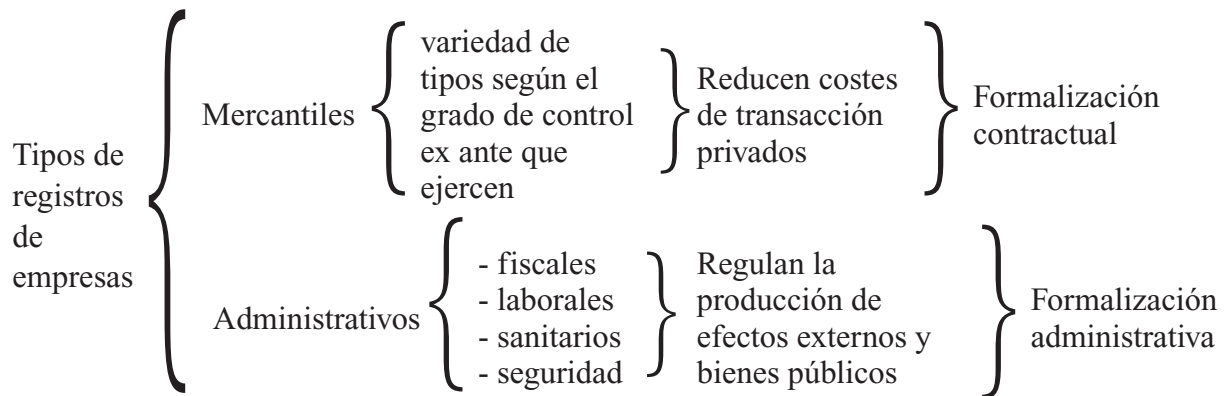
Como consecuencia de esta dualidad de fallos del mercado y la política, el buen diseño institucional aspira a corregir los fallos del mercado

con intervenciones políticas y los fallos de la política con incentivos de mercado; utilizando sabiamente, en suma, herramientas propias de ambos ámbitos. Los capítulos siguientes enfatizan esta dualidad en su aplicación práctica, en especial el capítulo 7, pero dicha dualidad es también perceptible al comparar las características que presentan los dos tipos de formalización, contractual y administrativa, como pasamos a analizar.

3.1.2. COMPARACIÓN DE LA FORMALIZACIÓN CONTRACTUAL Y ADMINISTRATIVA

Al comparar las funciones y características de los registros contractuales y administrativos (Figura 3.1), se aprecian diferencias pero también similitudes que conviene precisar, puesto que muchas reformas afectan a ambos sistemas, y según cuáles sean sus características merecen o no un tratamiento diferenciado.

Figura 3.1. Tipos y función principal de los registros de empresas



Primero, los registros administrativos originan interacciones coactivas, no contractuales. En una solución contractual a problemas de bienes públicos y externalidades, los afectados contratarían con la empresa acerca de tales bienes públicos y externalidades. En cambio, cuando se considera que esa contratación privada es inviable, se definen en el ámbito político una serie de requisitos innegociables para la actividad empresarial: pagar impuestos y cumplir ciertas condiciones técnicas, referidas, por ejemplo, a la seguridad de las instalaciones. Además, se suelen otorgar a unos representantes administrativos los poderes necesarios para controlar el cumplimiento de tales requisitos.

Existen, no obstante, soluciones híbridas en las que la intervención estatal se limita a definir nuevos derechos de propiedad (por ejemplo, derechos de emisión de gases de «efecto invernadero»), que pueden ser entonces contratados libremente por las partes. No procede comentar los costes y beneficios de estas soluciones, pero sí señalar que se basan en un alto grado de formalización. Por ejemplo, debido al carácter abstracto de los derechos de emisión, su contratación requiere poner en marcha un registro de derechos altamente formalizado³.

Por otro lado, la formalización administrativa es similar a la contractual en otras dimensiones:

- Ambos tipos de formalización comparten una raíz común, en la medida en que esa intervención del Estado obedezca a que, por ser los costes de transacción prohibitivos, la libre contratación no consigue interiorizar por sí sola los efectos externos que origina la actividad empresarial.
- Si bien la formalización administrativa no da lugar a un cambio en las reglas de adjudicación, sí modifica las reglas jurídicas aplicables a las transacciones, hasta el punto de que las transacciones libres (por ejemplo, las que tienen lugar entre una empresa y los afectados por su contaminación) se sustituyen por un proceso político y administrativo basado en la fijación de estándares y la concesión de licencias de actividad.
- Asimismo, esta sustitución del mercado por la política como mecanismo de decisión también protege, al menos teóricamente, el interés de terceros inocentes. Sin la formalización administrativa, algunos terceros estarían sufriendo, ya sea el parasitismo de esas

³ Véase, por ejemplo, el complejo sistema establecido por los artículos 19 y 20 de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, *Diario Oficial*, L 275, 25 de octubre de 2003, págs. 32-46; así como su reglamentación detallada por el Reglamento (CE) 2216/2004 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2004, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión no. 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *Diario Oficial*, L 386, 29 de diciembre de 2004.

empresas que disfrutan de un entorno jurídico que no contribuyen a sostener, o los costes de sufrir, estipular o conseguir una indemnización por sus externalidades negativas. Son los derechos de «propiedad» (es decir, no contractuales, sino protegidos por una regla de propiedad) de estos terceros los que el proceso de formalización debería, idealmente, proteger.

- Además, existe cierta semejanza en cuanto a las asimetrías informativas que padecen tanto el tercero en las transacciones de mercado como el ciudadano individual en la eventual negociación de externalidades. En las transacciones privadas, esta asimetría debe reducirse mediante el cambio de reglas jurídicas que propicia la formalización, para que el coste de ésta esté justificado. De modo similar, la formalización administrativa sólo tiene sentido si, pese a los fallos y asimetrías de la decisión política, se consiguen mejores resultados que sin ella.
- Por último, al igual que en la formalización contractual, la formalización administrativa también protege en última instancia la existencia del mercado y la libertad de empresa. Por una parte, el mercado requiere bienes públicos como la justicia y la policía. Por otra, difícilmente sería tolerable la libre empresa si ni siquiera se pretendieran contener los efectos externos negativos que ocasiona su funcionamiento. Finalmente, tanto la formalización administrativa como la contractual pueden ser presa de los intereses privados y la captura de rentas.

En conclusión, tanto la formalización contractual –y, más en general, la publicidad contractual, ya sea formal o informal– como la formalización administrativa, evitan situaciones en que los costes de transacción son elevados, pero lo hacen empleando procedimientos distintos. Mientras que, en su versión contractual, la formalización facilita las transacciones de mercado, en su versión administrativa sustituye las decisiones del mercado por decisiones políticas. Esta diferencia condiciona en buena medida, como veremos en capítulos posteriores, las soluciones organizativas que se adoptan para ambas funciones.

Trataremos estas soluciones en profundidad en los capítulos siguientes, en relación con aspectos específicos de cada tipo formalización. En lo que

resta de este capítulo nos centraremos, en cambio, en analizar la cuestión central y común a la mayor parte de ellas: la naturaleza del control en ambos tipos de formalización y los tipos de mecanismos que existen para coordinar su ejecución.

3.2. NATURALEZA Y CONSECUENCIAS DEL CONTROL REGISTRAL

Hemos analizado en detalle en la sección 2.4 por qué es necesario un control independiente de la formalización contractual y cuál es la principal dificultad que confronta: el que la formalización presente naturaleza de bien público. Cada empresario preferirá minimizar su aportación, tanto en cantidad como en calidad, y maximizar la de los demás empresarios. De ese modo, se beneficia plenamente de que, cuanto más informativo y fiable sea el registro, mayor confianza merecerá a los contratantes, incluidos los de su propia empresa; sin embargo, habrá contribuido menos que los demás empresarios a conseguir esa fiabilidad. Como veíamos, la manifestación más aguda de este problema tiene su origen en el interés del empresario en que el registro sea indulgente con él y exigente con los demás.

La formalización administrativa confronta este mismo problema de acción colectiva, como bien ilustra la formalización fiscal: todo empresario quiere que el Estado proporcione buenos servicios públicos a costa de los demás ciudadanos, incluyendo a los otros empresarios y, especialmente, a sus competidores. Como consecuencia, será necesario controlar la información de los registros administrativos para que puedan cumplir sus fines, pues la mayoría de los contribuyentes desean reducir su carga fiscal y regulatoria, así como aumentar el valor de los servicios públicos que utiliza. Por ejemplo, si la constitución de una sociedad ha de pagar un cierto impuesto sobre el capital, es preciso controlar que éste se abone a la Hacienda Pública en los términos estipulados legalmente.

Del mismo modo, si las empresas suministran información para definir quién tiene derecho a ciertas prestaciones sociales, será necesario que, al formalizar su existencia, se controlen eficazmente diversas dimensiones de su actividad. De lo contrario, tenderá a aumentar el fraude en tales prestaciones. Proporcionan un ejemplo revelador de las consecuencias que entraña una deficiente formalización administrativa los

PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA REFORMA

El presente capítulo analiza la estrategia general de reforma, centrándose en cuatro cuestiones básicas: (1) las consecuencias que se derivan de tener debidamente en cuenta el valor de la formalización, asunto que tratamos en la sección 4.1; (2) en qué medida la reforma debe o no incluir modificaciones legislativas, asunto que es objeto de la sección 4.2; (3) cómo definir el alcance de la reforma en términos de qué trámites han de ser considerados, pregunta a la que intentamos responder en la sección 4.3; y (4) hasta qué punto conviene suprimir o comprimir trámites y, como consecuencia, cuál es el grado de consenso que cabe esperar al acometer una reforma en este terreno, dos aspectos cruciales a los que dedicamos la sección final del capítulo, 4.4.

4.1. CONSECUENCIAS DE TENER EN CUENTA EL VALOR DE LA FORMALIZACIÓN

Llegados a este punto, conviene resumir las conclusiones alcanzadas en la segunda parte del libro, en la que hemos analizado la racionalidad de la formalización y los registros empresariales. En esencia, al poner de relieve la multiplicidad de usuarios a los que sirven y la variedad de servicios que prestan los registros, el análisis de los capítulos precedentes aconseja evitar la tentación de acometer reformas parciales que, si bien pueden mejorar la prestación de unos servicios o reducir algunos costes privados (tasas, tiempos), lo consiguen generalmente a costa de reducir el control y, como consecuencia, los efectos jurídicos del correspondiente registro.

Exploraremos en esta sección cinco consecuencias que se derivan del análisis, referidas a: (1) cómo debemos entender en este contexto el fenó-

meno de la informalidad empresarial, (2) la necesidad de manejar una perspectiva auténticamente empresarial de los servicios de formalización, (3) el contenido necesario de las reformas y la identificación de qué usuarios son relevantes, (4) la organización y evaluación de las reformas y (5) la necesidad de que el registro sea independiente.

4.1.1. CÓMO ENTENDER LA INFORMALIDAD

La informalidad empresarial se manifiesta con extensión diversa, pudiendo afectar a una o a varias relaciones empresariales. En un extremo, tenemos la contratación informal de algunos trabajadores por empresas formales, tan común incluso en países desarrollados donde la regulación laboral es restrictiva. En el extremo opuesto, nos encontramos con la configuración informal de la propia empresa y, por tanto, de todas sus relaciones jurídicas, situación más común en países en desarrollo. Por ello, conviene contemplar la informalidad como un fenómeno multidimensional, como una característica de las *relaciones* económicas, más que de los *sujetos* económicos.

Asimismo, es habitual que las empresas funcionen formalmente en unas relaciones, pero que lo hagan informalmente en otras. En algunos países, hay empresas inscritas en el registro mercantil –y que, por lo tanto, contratan formalmente entre sus socios y con sus acreedores y clientes– que, sin embargo, no están regularizadas fiscalmente y son, por tanto, informales en su relación con la Hacienda Pública; o bien contratan trabajadores fuera de la regulación laboral, manteniendo estas relaciones laborales en el ámbito informal. En otros países, sucede todo lo contrario. Así, en Nicaragua y Bolivia lo costoso e ineficaz del registro mercantil parece haber conducido a muchas sociedades no inscritas a regularizar su relación con Hacienda. En Bolivia incluso se ha acabado por dar más valor jurídico a la inscripción en el registro fiscal, como veremos más adelante. Dada esta situación, al analizar el proceso de formalización y diseñar sistemas de evaluación y seguimiento conviene atender a esta naturaleza multidimensional de la formalidad, lo que requiere descomponer el fenómeno en sus diversas facetas, de carácter contractual y administrativo (fiscal, laboral, establecimiento).

Como consecuencia, conviene también entender que el registro mercantil no tiene el monopolio de la formalidad: es sólo un medio para que ciertas relaciones entre agentes económicos privados sean formales. Por ejemplo, muchos ordenamientos jurídicos no requieren la inscripción de los comerciantes individuales para que sus relaciones queden sujetas a las leyes mercantiles y no a las normas generales que regulan la contratación civil (véase la sección 2.3). Se trata, por tanto, de relaciones formales sin inscripción mercantil. El asunto es claro en el ámbito de la contratación mercantil privada, y más aun en las relaciones con los trabajadores y cuando la otra parte de la relación es una administración pública. Sucede así en el ámbito fiscal, en el que la relación es formal si cumple determinadas condiciones, como son el que la empresa esté inscrita en el registro fiscal o pague puntualmente sus impuestos. (Véase la sección 3.1 sobre las diferencias entre la formalización contractual y administrativa).

4.1.2. LA NECESIDAD DE MANEJAR UNA PERSPECTIVA EMPRESARIAL

Es importante, en especial, abordar la reforma desde un punto de vista auténticamente empresarial. El riesgo en este punto es contemplar a las empresas y empresarios que se formalizan como si fuesen los usuarios por excelencia, si no únicos, de los registros. Esta perspectiva concuerda con la realidad fácilmente observable de que los registros prestan servicios directamente a las empresas. Además, se ve reforzada por la popularidad de las iniciativas que intentan reformar el sector público con el fin de proporcionar un mejor servicio a los ciudadanos. Sin embargo, esta perspectiva resulta incompleta, pues también son «usuarios» de los registros, según los casos, otras empresas, las administraciones públicas y, en especial, el sistema judicial. Adicionalmente, semejante perspectiva origina distorsiones cuando, para reducir los tiempos y costes en que incurre la empresa al registrarse, se diluye el control y, como consecuencia, los efectos jurídicos de los registros. Ciertamente es que esta dilución puede ser eficiente en algunos casos, pero ha de decidirse tras estimar sus costes y beneficios, en vez de dar por supuesto que los beneficios exceden a los costes, como se suele concluir al considerar sólo los costes directos en que incurre la empresa cuando formaliza su actividad. Por todos estos motivos, los logros de se-

mejante reforma serían limitados o podrían incluso ser negativos, por mucho que redujera tales costes directos para la empresa.

En esta materia, los dos tipos de registros empresariales, administrativos y mercantiles, plantean dificultades diferentes. Por un lado, los registros administrativos, como son los fiscales y los relativos a la Seguridad Social y los municipios, plantean un problema relativamente simple. En especial, el riesgo de que se diluya ineficientemente el control está mitigado casi de forma automática, por ser la Administración quien sufriría enseguida y de forma directa sus consecuencias, máxime si la reforma se inicia o se desarrolla desde departamentos ligados al área económica de la correspondiente Administración. En consecuencia, la relajación del control en los registros administrativos suele manifestarse en seguida en una marcha atrás de las reformas, como ilustra la pronta reintroducción de trámites por parte de la administración tributaria y las autoridades locales en Colombia (caso que ya hemos mencionado anteriormente y que comentaremos con más detalle en el apartado 4.2.2, que trata de los trámites fiscales, y en el 4.4.1, que hace lo propio con los trámites locales).

Por otro lado, los registros mercantiles, cuya función central consiste en facilitar la contratación privada y la actuación judicial, presentan una complejidad añadida: sus productos son insumos del sistema judicial, por lo que su utilidad para las empresas depende de qué valor les otorguen los jueces. La contratación privada se basa en la información registral si y sólo si ésta tiene valor en un eventual litigio. De lo contrario, los empresarios contratantes atenderán a los otros elementos que los jueces suelen considerar como prueba. Por ejemplo, si el registro mercantil dice que determinada persona tiene poder para actuar en nombre de una sociedad, los contratantes con la sociedad le dan a esa afirmación un valor que depende, en última instancia, de lo que un juez, llegado el caso, sentencie al respecto. Si, por el motivo que sea (tal vez porque, en aras de una eficacia mal entendida, se ha reducido la independencia del registro), los jueces desprecian las certificaciones registrales, el registro quizá opere rápido, pero sus productos serán inútiles.

Interesa destacar dos consecuencias del argumento. En primer lugar, considerar los elementos jurídicos y, en especial, judiciales al reformar la formalización empresarial responde al interés de los empresarios. Es más,

la consideración de estos elementos es imprescindible para que las reformas sean realmente útiles para la empresa, y no se limiten a reducir parte de sus costes, los asociados a la formalización inicial.

En segundo lugar, en los registros mercantiles el riesgo de dilución ineficiente del control es elevado, por dos motivos. Por una parte, los efectos de dicha dilución se observan con lentitud, pues son necesarias sentencias que empleen o dejen de emplear tales productos registrales. Por otra, los registros mercantiles y sus responsables suelen permanecer al margen o en un segundo plano en muchas iniciativas de reforma, las cuales suelen estar en manos de los ministerios económicos¹.

4.1.3. CONTENIDO DE LA REFORMA E IDENTIFICACIÓN DE USUARIOS RELEVANTES

Existe cierta tendencia a que las reformas en este terreno se centren en dimensiones cuantitativas (rapidez, coste explícito) relacionadas con indicadores de la satisfacción inmediata de los usuarios. Además, se suele entender como usuario sólo a las empresas que formalizan su actividad y, en menor medida, a las administraciones públicas. Esta visión estrecha del usuario empresarial se hace en detrimento de las funciones más jurídicas de la formalización, cuyos «usuarios» fundamentales y decisivos son los jueces y, sólo como consecuencia, quienes contratan con las empresas registradas.

Este sesgo ingenuamente empresarial obedece a diversos motivos, desde el traslado de ideas gerenciales a la gestión pública hasta el control de las reformas por la Administración. En todo caso, ante la frecuencia con que se observa este sesgo en las reformas, conviene destacar que una reforma sensata ha de considerar a todos los usuarios: no sólo las empresas que se registran y las administraciones públicas, sino fundamentalmente al sistema judicial y a los terceros.

¹ No nos consta que alguno de los proyectos que sirven de base al presente libro haya contado con la participación de la judicatura y en varios no parece que se la haya consultado. Peor aun es el caso de algunas reformas que ni siquiera han contado con los registros mercantiles, como sucedió en Costa Rica, donde también se excluyeron estos registros del ámbito de la reforma.

La situación puede visualizarse fácilmente en términos de los costes y *beneficios* que la formalización implica para la empresa. No basta con reducir los costes de tramitar la formalización, en aplicación de prioridades ingenuamente empresariales. Las principales ganancias que puede proporcionar –incluso a las empresas– una reforma en este terreno residen más bien en llegar a contar con un registro mercantil fiable, cuya información, al ser bien valorada por los jueces, reduzca los costes de transacción y sea realmente útil para la contratación empresarial.

El sesgo es especialmente perjudicial porque ambos objetivos –reducir los costes de tramitación y aumentar la calidad del registro mercantil–, son complementarios. Por ejemplo, si se mejoran los incentivos del personal del registro puede acelerarse la tramitación y, simultáneamente, asegurar los principios registrales básicos, empezando por el de prioridad. Por el contrario, en un contexto en que los costes de tramitación sean muy elevados, la utilidad de aumentar la calidad del registro mercantil es mucho menor. Asimismo, cuando la información del registro mercantil no es fiable, reducir los costes de tramitación es una victoria pírrica: se habrá incurrido en un gran esfuerzo para acelerar la producción de información inútil. Lo que se requiere, en ese caso, es combinar ambos objetivos; y una primera condición necesaria es la de atender a la naturaleza esencialmente contractual, y no sólo administrativa, del proceso de formalización.

Este argumento también es aplicable a usuarios no empresariales, pues, para que la simplificación administrativa sea viable y sostenible, es esencial aumentar la calidad del registro, especialmente su capacidad de control. De no hacerlo así, suele ser inviable que la inscripción mercantil dé lugar a una inscripción automática en los registros fiscales –un elemento central de la simplificación– y, en caso de alcanzarse, sería difícil de sostener. Es inviable si la Hacienda Pública tiene el poder suficiente para impedir semejante aventura. Es insostenible cuando, una vez introducida, los hechos demuestran que el control registral es insuficiente para los fines fiscales, momento en el que Hacienda se carga de razón para reintroducir los trámites de control fiscal previamente simplificados o automatizados. El motivo de fondo reside en que los registros fiscales efectúan un «control de legalidad» quizá de escaso alcance, pero que ha de ser en todo caso riguroso. Proporciona un ejemplo revelador la experiencia de Colombia, donde, en los prolegómenos de la simplificación de trámites, diversas ins-

tancias gubernamentales intentaron sin éxito que la mejora de la capacidad de control del Registro Mercantil figurase como objetivo primordial de la reforma. Sin embargo, fracasaron en su empeño, y el proyecto de reforma nunca intentó mejorar el control de la información proporcionada por los empresarios, confiando en cambio en su buena fe. Como el control registral pronto se demostró insuficiente para las necesidades de la Hacienda Pública, ésta reintrodujo desde febrero de 2005 diversos trámites de control, como se describe en el apartado 4.2.2, lo que supuso una marcha atrás radical en la propia simplificación.

Ciertamente, simplificar trámites *puede* ser útil aunque no mejore el registro mercantil o, lo que es lo mismo, la calidad jurídica de sus productos. También si no mejora la eficacia de los controles a que están sometidas la creación de sociedades y empresas y la apertura de establecimientos. Sin embargo, en el mejor de los casos, esa utilidad se mueve en un orden de magnitud muy inferior a la que proporcionaría conseguir un registro funcional. Y esa utilidad puede ser negativa si las reformas perjudican la calidad de la información registral. Por ejemplo, una simplificación que, en aras de la celeridad administrativa, reduzca la eficacia del registro mercantil o los demás controles, debe tener en cuenta que estas reducciones comportan un coste social, y que pueden motivar que se reintroduzcan los antiguos trámites y controles suprimidos o modificados, como parece haber ocurrido en algunos de los casos analizados más adelante².

En conclusión, en cuanto a su contenido, los proyectos, además de reducir los costes de tramitar la formalización, a menudo también deben aumentar el valor de la información registral para sus usuarios privados y públicos, lo cual pasa por mejorar el control registral. De este modo, al aumentar el valor que otorgan los jueces a la información registral, dicha información será más útil para la contratación empresarial. Asimismo, al ser más fiable el control registral, el registro podrá asumir con garantía tareas de control que venían desarrollando los registros administrativos y que sólo así podrán ser unificadas desde el punto de vista del usuario.

² Apuntan en esta línea, en concreto, algunos de los fenómenos observados en Colombia, como describiremos en los apartados 4.2.2 y 4.4.1.

Igualmente, el diseño de las reformas ha de considerar a todos los usuarios, tanto directos como indirectos: no sólo las empresas que se formalizan, sino también el sistema judicial y las administraciones públicas. Considerar al sistema judicial como usuario permitirá poner de relieve el principal valor que una formalización eficaz proporciona: reducir los costes de transacción de la empresa, al eliminar parte de las asimetrías informativas que padecen quienes contratan con ella. De modo similar, considerar a las administraciones públicas como usuario facilitará una simplificación sostenible de los registros públicos, que logre evitar las actuales duplicidades entre registros mercantiles y administrativos.

4.1.4. ORGANIZACIÓN Y EVALUACIÓN DE LAS REFORMAS

La manera de asegurar que el diseño de las reformas tenga en cuenta a todos estos usuarios es que todos ellos participen en su gobierno e implementación. Por ello, en los órganos encargados de elegir la estrategia y supervisar la ejecución de los proyectos de reforma conviene contar con la presencia activa de la judicatura, la Hacienda Pública y los registros mercantiles, así como de sus responsables ministeriales (con frecuencia, el Ministerio de Justicia) o privados (cámaras de comercio).

En particular, quienes diseñen los mecanismos de evaluación y seguimiento deben evitar que estos mecanismos den excesiva importancia al punto de vista del empresario, quien suele sufrir importantes asimetrías informativas a este respecto. Por ejemplo, el empresario entiende bien el coste que en tiempo y dinero provoca un control *ex ante*; pero no los beneficios que reporta a posteriori, en términos de mayor seguridad y facilidad del tráfico jurídico (las sustituciones tratadas en la sección 1.4); o bien las dificultades (costes, en suma) que originan las distintas soluciones para alcanzar un mismo nivel de cumplimiento de las obligaciones legales por las empresas.

En otras palabras: el empresario de un país donde el registro mercantil sea ineficaz difícilmente podrá imaginar lo útil que sería *para su propia empresa* el contar con un registro mercantil eficaz, con el enorme ahorro de costes de transacción que dicha eficacia le proporcionaría. Del mismo modo, al empresario le puede resultar difícil entender que, si el re-

gistro mercantil ejerce un control fiscal eficaz, ello facilita su actividad empresarial. Sin embargo, esa puede ser la realidad cuando dicho control evita que se dupliquen trámites, duplicación que aparece cuando Hacienda se ve en la necesidad de mantener o reintroducir sus propios trámites de control previos a la identificación de los contribuyentes o a su inscripción en los registros fiscales.

En consecuencia, el seguimiento de los proyectos debe tener en cuenta la valoración del registro por los jueces y los usuarios administrativos. Asimismo, debe manejar con precaución las valoraciones positivas que efectúan los empresarios acerca de la mayor rapidez o funcionamiento de los sistemas, pues suelen basarse en una visión parcial del fenómeno, que margina los efectos de las reformas sobre la eficacia del control registral.

4.1.5. LA NECESIDAD DE INDEPENDENCIA DEL REGISTRO MERCANTIL

Los registros mercantiles son responsabilidad o bien del Estado o bien de organizaciones empresariales, con frecuencia las cámaras de comercio (como sucede en Francia, Bélgica, Italia y Colombia, entre otros muchos países)³, pero, en ambos casos, su llevanza es independiente de las propias empresas que son parte en la contratación. El motivo es simple: para producir efectos jurídicos y reducir así los costes de transacción de las empresas, el registro mercantil ha de ser independiente de sus usuarios, tanto de los que registran información como de los que usan la información registrada o sufren sus efectos, y sean cuales sean estos efectos. Dicha necesidad de independencia nace del conflicto de intereses entre las diversas partes implicadas. A menudo, este conflicto se produce entre quienes instan una determinada inscripción y los usuarios de la información registrada. También entre quienes pretenden inscribir un cierto acto (por ejemplo, una modificación de estatutos sociales) y los terceros afectados

³ Conviene señalar que el antecedente histórico de los registros mercantiles son los creados por las corporaciones de comerciantes desde la Edad Media, en los cuales la propia corporación asumía las funciones de control de legalidad. Véase, por ejemplo, sobre el funcionamiento del registro creado en el consulado de Bilbao, Carlos PETIT, *La compañía mercantil bajo el régimen de las ordenanzas del Consulado de Bilbao 1737-1829*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.

por la contratación cuya inscripción se pretende. O incluso entre socios mayoritarios y minoritarios de una misma sociedad, cuando los primeros adoptan acuerdos perjudiciales para la minoría y el sistema legal dispone que el registro actúe de hecho como una primera instancia de naturaleza casi judicial. Además, la independencia es igual de necesaria cuando los efectos del registro son menores. El motivo es que todo registro da fe de la fecha de la inscripción, la cual en sí misma debe tener importantes efectos jurídicos, lo que requiere imparcialidad al registrarla.

Como hemos analizado en el capítulo 2, la formalización registral de los contratos permite modificar las reglas que emplea el sistema jurídico y, en particular, los jueces para atribuir los derechos entre los contratantes. En todos los casos analizados, la formalización y el consiguiente cambio en la regla de adjudicación fortalece los derechos de terceros inocentes que operan de buena fe, lo que les anima a acometer las transacciones sin necesidad de protegerse mediante garantías personalizadas, basadas en el conocimiento de las partes, de su pasado o de su reputación. Con ello, se expande enormemente el número y valor de las transacciones, pues se facilitan las transacciones anónimas entre desconocidos, cuya viabilidad es fundamental para el crecimiento económico.

En todos aquellos casos del capítulo 2 estaban presentes al menos tres individuos: socios, sociedad y acreedores; socios, sociedad, representante y compradores; o bien socios, sociedad y compradores. Es esta presencia de terceros la que hace necesario que el registro formalizador sea fiable e independiente de las demás partes. Cuando el registro no es fiable y, por ejemplo, suele perder documentos; o bien cuando sufre corrupción, con lo cual alguna de las partes puede modificar su contenido en beneficio propio, los jueces dan poco valor a su contenido. Sucede entonces que, anticipando este escaso valor que le otorgan los jueces, las partes tienden a prestar poca atención a la información registral a la hora de contratar. En el límite, puede ocurrir que el funcionamiento del registro no reduzca los costes de transacción de las empresas y constituya tan sólo un impedimento a su actividad.

La importancia de la independencia se deriva pues de que sin ella los jueces no podrán dar valor probatorio a la información registral y, como consecuencia, esta información tendrá muy escaso valor para la contrata-

ción privada, que sufrirá entonces una incidencia mucho mayor de todo tipo de asimetrías informativas. Por ejemplo, las partes sufrirán muchas más dificultades para saber quiénes son los representantes legales de las sociedades mercantiles. Cabe, por tanto, concluir que, sea cual sea la fuerza de sus efectos jurídicos y para proteger el interés de terceros, los registros mercantiles han de ser independientes de todos los afectados y, en especial, de las partes que instan una inscripción o certificación registral⁴. En consecuencia, por un lado, las reformas organizativas de los registros deben proteger dicha independencia del registro respecto a las partes y sus agentes. Y, además, por otro lado, es contraproducente y contrario a la naturaleza del registro como protector del interés de terceros el que los usuarios tengan libertad para elegir registro, especialmente cuando esa libertad implica diferencias en los ingresos de los registros y de sus empleados.

El requisito de independencia encierra especial relevancia al contemplar la situación de la intervención notarial, que, aun siendo imparcial entre las partes del contrato (por ejemplo, los socios de una compañía mercantil), no tiene por qué serlo (y no suele serlo) entre ellas y los terceros, razón por la cual no están los notarios en buenas condiciones para asumir tareas registrales, por afectar éstas los derechos de terceros. Ni siquiera en aquellos registros en que la intervención del registro se limite a atestiguar la fecha de entrada, pues esta fecha ya genera efectos radicales sobre terceros, al modificar las reglas jurídicas aplicables. La manipulación de los protocolos notariales y la falsedad en la fecha de las escrituras son hechos frecuentes en muchos países⁵, lo que debe alertarnos sobre los riesgos que

⁴ Véase, sobre estos extremos, Benito ARRUÑADA, «Property Enforcement as Organized Consent», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 19, núm. 2, 2003, sobre todo las págs. 423-437.

⁵ Véase, por ejemplo, sobre Costa Rica, Jorge Enrique ALVARADO VALVERDE, «El fraude en el tráfico jurídico de bienes inscribibles», *El Visir: Revista Electrónica de Derecho Registral y Notarial*, Lima, 28 de marzo de 2009 (<http://tinyurl.com/q476sp>, visitada el 9 de mayo de 2009), quien señala cómo la «competencia lleva al mismo notario a desvalorizar la actividad que realiza, lo que se traduce en varias situaciones que favorecen el fraude en la función notarial: a) descuido de los medios con los que actúa: protocolo, mecanismos de seguridad que debe custodiar; b) incumplimiento de los deberes que debe honrar –tanto a nivel procesal y sustancial, como ético–. c) En algunos casos, rebasando el límite del descuido, para ingresar al ámbito volitivo: el notario convierte su función en un medio para producir dinero “a como dé lugar”, con

surgen en este terreno cuando se atribuyen tareas de control a agentes que representan el interés de las partes y no, o no en la misma medida, el de los terceros. Lógicamente, la capacidad de los abogados y notarios para proteger el interés de terceros es tanto menor cuanto más intensa es la competencia entre ellos, como bien ilustra el caso de Costa Rica, donde operan casi diez mil notarios para una población de cuatro millones de habitantes⁶.

En cuanto a la libertad de elección, el funcionamiento de los registros mercantiles de Venezuela ilustra los costes y riesgos que surgen cuando el usuario puede elegir entre diversas oficinas registrales. Si, como consecuencia, los ingresos del registro y de sus empleados aumentan al hacerlo su demanda, pueden verse inclinados a sacrificar su independencia, siendo menos exigentes respecto al control que ejercen. En los registros que controlan la legalidad de los actos jurídicos, se resentirá como mínimo este control. En aquellos otros registros que sólo controlan la forma y fecha de los documentos inscritos, pueden resentirse ambas dimensiones del control, lo cual en el caso de la fecha entraña consecuencias muy graves. En Venezuela, los usuarios tienen la posibilidad de conseguir mayor rapidez en el despacho e inscripción de

total independencia de la licitud de lo actuado, y aún más, sin importar el decoro profesional» (pág. 19). Sobre Guatemala, se puede leer que «una de las normas que se viola muy a menudo es el hecho de estar presente mientras se firma el documento, para poder imprimir la frase “ante mí” y el principio de la intermediación notarial. En otros casos, la firma de los otorgantes se verifica en fechas diferentes a la que se hace constar en la escritura. Más grave aún es el acto pernicioso de hacer escrituras en los espacios en blanco que se dejan a propósito entre una escritura y la siguiente, en flagrante contravención de la norma que obliga a no hacerlo. Esto se hace para evitar el pago en cierta fecha de un tributo, y en otras instancias más graves, para disponer bienes o derechos con fecha anterior al fallecimiento de una persona o para alzar bienes en fraude de acreedores. Raramente he observado que algún notario lee lo escrito a los otorgantes. No muchos notarios acostumbran tomar razón de las legalizaciones de firma que hacen, no obstante que la ley es taxativa en tal sentido y podría causar la nulidad del acto de legalización si no se hiciera la toma de razón» (Jorge Andrés WYLD DE NES, *Problemas actuales del Derecho notarial y registral guatemalteco*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, diciembre de 1999, pág. 24, nota omitida).

⁶ Alvarado, «El fraude en el tráfico jurídico de bienes inscribibles», 2009, *op. cit.*, n. 5, pág. 18.

sus documentos a cambio de una tasa complementaria, «de habilitación», que se solía repartir entre el personal⁷. Este tipo de posibilidades puede poner en peligro la prioridad, porque favorece que el documento con tasa pueda adelantar a otro sin tasa, aunque éste se haya presentado antes. Con mayor motivo, existe este riesgo en aquellos países en que se tolera el que, para agilizar la tramitación registral, se efectúen pagos informales al personal del registro. Estos registros no están en condiciones de producir «fe pública» efectiva ni siquiera respecto a la fecha de inscripción ni, como consecuencia, la prioridad relativa de los derechos reflejados en los documentos inscritos. No procede entrar a discutir aquí la mayor o menor frecuencia con que se producen estos efectos, sobre la cual para Venezuela existen discrepancias entre distintos observadores. Sí cabe señalar, no obstante, que dichos incentivos son contrarios a la independencia del registro, la cual queda así a expensas tan sólo de la integridad personal de los profesionales, una carga que ningún registro bien organizado se atreve a atribuirles, y que es tanto menos adecuada cuanto menores sean los salarios de los funcionarios y la eficacia del sistema judicial. También procede señalar que esta hipótesis es coherente con el hecho de que en Venezuela exista considerable ambigüedad e incertidumbre acerca de cuál es realmente la eficacia jurídica que los jueces otorgan a las inscripciones registrales. Esta incertidumbre ya es suficiente, por sí sola, para reducir notablemente su valor para los contratantes. Por último, y aunque sea un aspecto relativamente menor, conviene tener en cuenta que incluso las ganancias que pueden producir las tasas de urgencia en términos de mayor rapidez suelen demostrarse ilusorias, pues llevan a los organismos a ralentizar la tramitación normal, para aumentar así su demanda de tramitación urgente.

En los Estados Unidos, los registros de 30 estados proporcionan servicios de urgencia a cambio de tasas más elevadas. Excepto en dos estados, este servicio urgente se proporciona en el mismo día o al día siguiente. El registro de Nevada proporciona servicio en una, dos y veinticuatro horas por 1.000, 500 y 125 dólares, a añadir a la tasa normal de 75 dólares. En

⁷ Véanse, en especial, los artículos 19, 31 y 43 de la Ley de Arancel Judicial, modificada desde el 1 de enero de 2007 por la Ley de Registros y Notarías.

Delaware, las tasas de urgencia para los mismos tiempos son de 1.000, 500 y 50 dólares, a añadir a una tasa fija de entre 50 y 90 dólares⁸.

La conclusión lógica para las reformas organizativas de los registros empresariales es que éstas deben proteger prioritariamente la independencia del registro respecto a las partes y sus agentes. Como consecuencia, se recomienda introducir las reformas necesarias para organizar los registros como monopolios territoriales e impedir la elección de registro por los usuarios, de modo que ni los ingresos de las oficinas registrales ni, en especial, de los registradores varíen con dichas decisiones (lo cual no es óbice para que puedan y, de hecho, deban, variar con el volumen de la actividad registral).

Por otra parte, la dependencia de los registros de las organizaciones empresariales tiende probablemente a que tanto la cobertura del control registral como su rigor sean menores. La causa reside en la propensión de los empresarios a ponderar más los costes presentes que ocasionan los controles previos a la inscripción en el registro que los beneficios futuros que un registro jurídico fiable les pueda proporcionar en términos de menores costes de transacción, como ya comentamos en la sección 4.1.1. Asimismo, la capacidad de los registros dependientes de las cámaras y asociaciones empresariales para ejercer tareas de control tal vez es menor en cuanto a la formalización administrativa; esto es, para el control relacionado con el cumplimiento de normas que no reducen de forma directa los costes de transacción privados, como las fiscales. Esta carencia puede disminuir la capacidad de estos registros para asumir funciones de control fiscal cuando ejercen como ventanilla única, como pone de relieve el caso de Colombia, que trataremos en el apartado 4.2.2. La evidencia disponible al respecto es limitada, sin embargo. Volveremos sobre este asunto en el apartado 8.1.2.

⁸ U.S. Government Accountability Office (GAO), *Company Formations: Minimal Ownership Information Is Collected and Available*, Report to the Permanent Subcommittee on Investigations, Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, U.S. Senate, GAO.06-376, abril de 2006, <http://www.gao.gov/new.items/d06376.pdf>, págs. 59-60 y respuestas a la pregunta 4 de la encuesta en que se basa el informe, en <http://www.gao.gov/special.pubs/gao-06-377sp/index.html>, visitada el 4 de marzo de 2008.

ANÁLISIS DE TRÁMITES CONTRACTUALES

La planificación de una reforma del proceso de formalización debe examinar cada uno de los trámites con el fin de evaluar su eficiencia, identificar las barreras que confronta su reforma y proponer la política más adecuada en cada caso. El presente capítulo analiza toda la variedad de trámites contractuales, con el objetivo de tratar de forma exhaustiva los principales problemas que plantean, aunque no trate todos y cada uno de los trámites propiamente dichos.

Atendiendo a su origen, distinguiremos entre trámites profesionales y doctrinales. Esta distinción identifica los diferentes tipos de dificultades que plantea la reforma de cada tipo de trámites: en los profesionales, principalmente, la inercia regulatoria y los intereses de los protagonistas; en los doctrinales, la supervivencia de soluciones jurídicas obsoletas. Para cada uno de los dos tipos, discutiremos, además, algunos trámites que nos merecen una valoración diferente en cuanto a su eficiencia y tratamiento. Prestaremos especial atención al que suele ser el más costoso de ellos: la intervención obligatoria de abogados o notarios como paso previo a la presentación de los documentos societarios en el registro mercantil.

5.1. TRÁMITES PROFESIONALES

Un primer conjunto de trámites lo configuran intervenciones profesionales obligatorias que en el pasado o, al menos, cuando se introdujeron, quizá pretendían asegurar la calidad de la contratación societaria, pero que se mantienen como obligatorias aunque en la actualidad sea cuestionable que respondan a una necesidad social. El que aún se mantengan parece más bien responder, por el contrario, al interés privado de quienes prestan

el correspondiente servicio. Por ello, además de su eficacia, es imprescindible examinar las dificultades que comporta su supresión o reforma debido a la posible confrontación con intereses privados.

5.1.1. TIPOLOGÍA

Se incluyen potencialmente en esta categoría, aunque con notables variaciones según la situación y funciones de la profesión correspondiente en cada país, las siguientes intervenciones, generalmente obligatorias:

1. *Redacción de estatutos sociales.* En 100 de los 137 países encuestados por *Doing Business in 2005* la preparación de los estatutos sociales ha de encargarse obligatoriamente a diversos profesionales, sobre todo abogados y notarios. Esta obligatoriedad suele justificarse por el deseo de que los estatutos cumplan la legalidad y respondan eficientemente a la situación y el interés de las partes, pero encuentra difícil justificación en la realidad actual de muchos países, pues la mayoría de los estatutos sigue minutas preestablecidas, máxime para compañías pequeñas, que pueden constituirse eficientemente sin más que suscribir un simple formulario que incluya una remisión a la ley o a un determinado modelo de estatutos. Así lo demuestra la práctica en países con muy distintos sistemas jurídicos, desde Francia o Portugal a Australia, Reino Unido o Nueva Zelanda.
2. *Intervención notarial.* Merece un juicio similar el requisito legal, común en los países de «notariado latino», por el que los fundadores de la sociedad han de firmar los documentos fundacionales ante notario, para mejorar su eficacia probatoria. El discutible valor que en muchos países añade hoy en día la intervención notarial, tanto en la preparación como en la autenticación de documentos, permitiría adoptar políticas tendentes a suprimir su obligatoriedad, al menos para un buen número de contratos y operadores. Trataremos esta materia con mayor profundidad en la sección 5.2.
3. *Auditoría contable.* Someter a auditoría o informe contable independiente las cuentas de la sociedad y los activos no dinerarios aportados por los socios (como se requiere, por ejemplo, en Boli-

via y El Salvador). La eficacia de este trámite es probablemente muy escasa para sociedades que no vayan a captar ahorro públicamente en el mercado de capitales. Además, si la auditoría fuera útil para algunas de ellas, siempre sería posible realizarla voluntariamente o a solicitud de sus acreedores potenciales.

4. *Publicación*. La obligación de publicar los estatutos sociales o un resumen de los mismos en periódicos generales o especializados, con el fin de avisar a terceros que puedan considerarse afectados respondía a las circunstancias imperantes en los mercados financieros locales de los siglos XVIII y XIX. El que siga vigente sólo beneficia a los editores de prensa, incluidos los de diarios oficiales¹, pues Internet proporciona un medio mucho más eficaz y barato para este tipo de publicidad. De hecho, de los 137 países encuestados en *Doing Business* en 2007, sólo exigían este trámite 42, entre los que se encontraba España.

5.1.2. ANÁLISIS

Toda reforma a fondo de estos trámites parece una cuestión relativamente más política que técnica, debido a los poderosos intereses privados en juego. Por ejemplo, en España, el Proyecto de ley de economía sostenible, en tramitación parlamentaria cuando esto se escribe, propone permitir que las sociedades cumplan parte de sus obligaciones de publicar anuncios en prensa sobre ciertos actos sociales (cambio de denominación y domicilio, sustitución o modificación del objeto social, reducción del capital y, sólo para limitadas, convocatoria de juntas) mediante su página *web*. Sin embargo, seguirían obligadas a anunciar en «periódicos de gran circulación» la mayoría de sus actos, incluyendo la convocatoria de juntas de las anónimas y la emisión de valores, en beneficio únicamente de los editores de periódicos impresos en papel.

¹ Es éste el caso de España, donde la publicación obligatoria de todo tipo de anuncios societarios en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, que poca gente lee, sirven sobre todo para financiar al *Boletín Oficial del Estado*.

ANÁLISIS DE TRÁMITES ADMINISTRATIVOS

El presente capítulo aborda la reforma de la formalización administrativa, que, como analizamos en el apartado 3.1.1, persigue asegurar el cumplimiento de normas legales imperativas, sobre todo de tipo fiscal y laboral, cuya racionalidad se suele justificar con base en la existencia de efectos externos en las decisiones que toman libremente los agentes económicos en el mercado.

6.1. TIPOLOGÍA DE TRÁMITES ADMINISTRATIVOS

Estos trámites están presentes en todos los países, si bien sus demandas en tiempo y coste difieren notablemente (Cuadro 4.2). Cabe distinguir, principalmente, tres tipos, según vayan dirigidos a:

1. *Identificar la empresa.* Para ello, generalmente, es preciso obtener un número de identificación fiscal e inscribir a la empresa en uno o varios registros fiscales y sociales, tanto de ámbito nacional como local. Los registros fiscales pretenden facilitar la identificación de los sujetos pasivos y asegurar el pago de sus obligaciones fiscales antes de inscribirse. Adicionalmente, es obligatorio inscribir a la empresa y a sus empleados en los registros laborales y de la Seguridad Social, así como contratar seguros de accidentes laborales o fondos de pensiones para los empleados. Estas obligaciones van dirigidas a asegurar que se cumplen las normas laborales y se pueda controlar más fácilmente la percepción de diversas prestaciones sociales, como las derivadas del sistema de pensiones, el seguro de desempleo o la sanidad pública. Analizaremos los problemas de identificación en el apartado 6.2.

2. *Pagar los impuestos que gravan la formalización.* Asimismo, en una minoría de países es preciso pagar un impuesto sobre operaciones societarias o concepto equivalente. (Según *Doing Business in 2005*, de un total de 137 países, existía este gravamen en 19, entre ellos Colombia, España y Venezuela). Por su importancia, este trámite merece una discusión detallada, que abordamos en el apartado 6.3, donde argumentamos que convendría o bien suprimirlo o, al menos, posponer su control.
3. *Obtener las licencias de operación.* Por último, la empresa ha de conseguir a menudo una o varias licencias para desarrollar sus actividades y abrir sus establecimientos, lo que puede consistir en un trámite único o bien en varios, pues muchos países requieren obtener licencias específicas de distintas agencias estatales, regionales y locales, incluyendo todo tipo de órganos reguladores así como el cuerpo de bomberos y las autoridades sanitarias y de medio ambiente. A lo largo del trabajo, hemos comentado ya muchos de los problemas generales que plantean las licencias de actividad y apertura, y sus posibles soluciones, por lo que el apartado 6.4 se centrará en discutir la situación española.

En general, se trata de trámites relativamente idóneos para suprimirlos o automatizarlos como parte de las políticas de compresión de trámites, tratadas en la sección 4.4. El motivo es que a menudo diversos organismos públicos están produciendo múltiples identificadores de las empresas, recogen la misma información varias veces¹, o pretenden controlar el mismo efecto externo. Como consecuencia, una adecuada reingeniería de los procesos puede unificar tanto la definición de un único código identificador como la recogida de información, que seguidamente se reconfigura y distribuye a los distintos organismos. Todo ello reduciría los costes y aumentaría la seguridad y fiabilidad de los registros públicos. Más importante

¹ En España, ya el artículo 35 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recoge el derecho de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas «a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante», lo que de hecho no ha evitado hasta ahora que hayan de proporcionar la misma información una y otra vez.

aún: la superposición de licencias suele indicar lo espurio de su función que, lejos de consistir en evitar efectos externos lo que realmente persigue es impedir la entrada de competidores, en beneficio únicamente de las empresas ya instaladas. En tales casos, procede la supresión del sistema de licencia, al menos en el nivel administrativo más «capturado» por esas empresas ya instaladas.

Además, muchos de estos trámites son hoy requisitos previos y, por tanto, paralizan la inscripción de las sociedades en el registro mercantil, el inicio de las operaciones de la empresa o la apertura de sus establecimientos. Respecto a estos trámites paralizantes, lo que procede es, a menudo, sustituir el control a priori que está implícito en dicho requisito previo por un control a posteriori. Este control posterior puede ser facilitado, en su caso, mediante una notificación automática del registro al organismo correspondiente. Dicha notificación no debe paralizar la inscripción, o hacerlo sólo por un tiempo máximo, adoptando un régimen de silencio administrativo positivo, como ya hemos analizado en la sección 3.2.

Se encaminaban inicialmente en esta dirección las reformas propuestas en España para trasponer la Directiva de Servicios antes del 28 de diciembre de 2009², aunque al final se quedaron en una reforma meramente cosmética (véase la sección 6.4). En ausencia de reformas legislativas o como complemento de reformas previas, la experiencia de Colombia demuestra que es posible conseguir cambios significativos en esta línea mediante el consenso de las instituciones afectadas. Sin embargo, también pone de manifiesto que los acuerdos alcanzados son difíciles de sostener, como comentamos en el apartado 4.4.1. Para sostenerlos, suele ser preciso reforzar la capacidad de control del registro mercantil o la ventanilla única, como hemos analizado en el apartado 4.2.2. Por este motivo, tras

² Véase el «Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios» (<http://tinyurl.com/ycl9lma>, visitada el 18 de octubre de 2008), así como el documento conocido como «Libro Blanco sobre la reforma de los servicios» (titulado «La Directiva de Servicios como oportunidad de reforma del sector», <http://tinyurl.com/y9jyovb>, visitada el 18 de octubre de 2008). El Anteproyecto establecía como principio general que el ejercicio de una actividad de servicios no estuviese sujeto a autorización previa, sino a control a posteriori. Contemplaba además una ventanilla única en la que se podrían realizar por vía telemática todos los trámites administrativos necesarios para desarrollar la actividad empresarial.

analizar en las próximas secciones cada tipo de trámite administrativo, trataremos en la sección final de este capítulo las oportunidades y desafíos que plantea la interacción entre registros contractuales y administrativos.

6.2. EL CONTROL DE LA IDENTIDAD DEL EMPRESARIO

Las sociedades mercantiles no sólo se emplean para producir, sino también para delinquir, como sucede, por ejemplo, cuando se las usa para evadir impuestos o blanquear capitales de origen criminal³. Por diversos motivos, esta posibilidad ha adquirido en los últimos años una importancia creciente, lo que está provocando la introducción de controles adicionales. En especial, numerosos países han adoptado nuevos controles sobre la identidad de los socios y administradores, así como acerca de los propietarios efectivos de las sociedades. Baste como referencia reseñar aquí brevemente las iniciativas desarrolladas en un foro internacional, en los Estados Unidos y en España.

³ Para descripciones de cómo se utilizan las sociedades mercantiles para cometer todo tipo de fraudes, véanse: Organización Profesional de Inspectores de Hacienda del Estado, «Fraude, corrupción y blanqueo de capitales en España», Barcelona, noviembre 2007, <http://www.attac-catalunya.org/attac/viewdoc.aspx?doc=392>; Money Laundering Threat Assessment Working Group (MLTAG), *U. S. Laundering Threat Assessment*, diciembre de 2005, <http://www.ustreas.gov/offices/enforcement/pdf/mlta.pdf>, sobre todo las págs. 47-50; así como Financial Crimes Enforcement Network (FCEN), Department of the Treasury, «The Role of Domestic Shell Companies in Financial Crime and Money Laundering: Limited Liability Companies», noviembre de 2006, http://fincen.gov/LLCAssessment_FINAL.pdf (páginas de Internet visitadas el 4 de marzo de 2008). Resulta de interés el estudio empírico efectuado por Jason C. SHARMAN, «Behind the Corporate Veil: A Participant Study of Financial Anonymity and Crime» (Griffith University, Australia, 2009), pues demuestra la facilidad con la que se pueden constituir sociedades mercantiles anónimas y abrir cuentas bancarias secretas a su nombre, de modo que se puedan mover fondos de forma enteramente opaca. Además, estas sociedades no se constituyen en paraísos fiscales sino en jurisdicciones como Nevada, Wyoming o el Reino Unido. Sharman intentó abrir cuentas secretas a nombre de sociedades instrumentales en 45 países; y tuvo éxito en 17, de los cuales 13 eran miembros de la OECD. Una fórmula habitual consiste en emplear acciones al portador. En muchos casos, ni siquiera necesitó presentar identificación personal. Véase, para un resumen, «The G20 and Tax: Haven Hypocrisy» (*The Economist*, 26 de marzo de 2009, pág. 77).

DOS EXPERIENCIAS IBÉRICAS DE REFORMA

Este capítulo analiza, a modo de evidencia empírica en la que contrastar los argumentos de los capítulos precedentes, dos iniciativas de reforma que, por producirse en contextos jurídicos, económicos y sociales similares, resultan especialmente aleccionadoras: la «Sociedad Limitada Nueva Empresa» española y «*A Empresa na Hora*» portuguesa. Atribuimos el relativo fracaso del proyecto español a que, por su pretensión de comprimir todos los trámites existentes, ha incurrido en un coste ingente para obtener logros insignificantes.

7.1. COMPRESIÓN DE TRÁMITES EN LA «SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA» ESPAÑOLA

La iniciativa gubernamental que en el año 2003 introdujo la Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE) constituye hasta la fecha el proyecto más ambicioso de reforma puesto en marcha en España. Además de crear ese nuevo tipo jurídico de sociedad limitada «nueva empresa», o SLNE, dispuso para su tramitación un nuevo procedimiento a través de ventanillas únicas, conocidas como Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación (PAIT)¹, que generalmente se ubicaron en órganos de promoción

¹ La iniciativa «Nueva Empresa» fue articulada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Véanse los dos primeros capítulos del libro *Sociedad Limitada Nueva Empresa: Guía para emprendedores*, editado por la Dirección General de Política de la PYME (Ministerio de Economía, Madrid, abril de 2004) y disponible en <http://tinyurl.com/3y99mas> (visitada el 23 de julio de 2010). Asimismo, la *Guía fácil de la Nueva Empresa: El Registro Mercantil, punto de*

empresarial preexistentes, sobre todo ayuntamientos, gobiernos regionales, cámaras de comercio y asociaciones empresariales. Los PAIT recogen la información fundacional y administrativa de la nueva empresa en un Documento Único Electrónico (DUE) mediante un sistema informático desarrollado para desarrollar esa función (programa PAC DUE). A continuación, un centro informático específico, el Sistema de Tramitación Telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (STT-CIRCE, o, por abreviar, CIRCE), envía la información relevante a los demás agentes que intervienen en el proceso: Registro Mercantil Central, notarios, Registros Mercantil provincial, Hacienda y Seguridad Social. Asimismo, coordina otros trámites, como los relativos a la denominación social y a la cita con el notario para firmar la escritura fundacional de la sociedad. Siguiendo una estrategia de compresión de los trámites, se han mantenido éstos en su práctica totalidad, si bien se ha intentado acelerar su tramitación y, gracias a una costosa interconexión de agencias públicas, algunos de ellos (por ejemplo, la obtención del Número de Identificación Fiscal) se han vuelto invisibles, de modo que ya no generan coste explícito alguno al usuario.

7.1.1. EVALUACIÓN

La iniciativa SLNE ha resultado un fracaso, pues, pese a su elevado coste, sus logros han sido escasos, en términos tanto del número de sociedades constituidas como de los plazos de constitución.

Por el lado de los costes, éstos han sido y siguen siendo considerables. En cuanto a los costes fijos, para lanzar el sistema hubieron de desarro-

partida y de destino de la Nueva Empresa, 2003, editada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles y disponible dentro de la categoría de «Guías de servicio» en <http://www.registradores.org/principal/indexx.jsp> (visitada el 24 de diciembre de 2004), proporciona un introducción accesible a su problemática jurídica. Entre los estudios jurídicos, cabe destacar: Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «Lowering Legal Barriers to Entry through Technology without Touching Vested Interests: The Spanish Sociedad Limitada-Nueva Empresa», *European Business Organization Law Review*, vol. 5, núm. 3, 2004, págs. 449-469; y Ana FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, «La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa...» (I y II), *La Ley*, núm. 1, 2004, págs. 1666-1690.

llarse: (a) un nuevo tipo jurídico de sociedad mercantil; (b) un sistema contable específico, de adopción facultativa por las empresas; (c) complejas aplicaciones informáticas y telemáticas; y (d) todo un programa de entrenamiento y formación que ha afectado a miles de operadores². En cuanto a los costes variables, se han dedicado total o parcialmente a hacer funcionar el sistema: (a) una Subdirección General del Ministerio de Industria; (b) las ventanillas PAIT en contacto con los usuarios (un total de 188 a 13 de abril de 2007, muchas más en los años siguientes, al abrirse a entidades privadas³); y (c) la unidad central dedicada en exclusiva al procesamiento informático (CIRCE).

De todos estos costes, sólo podemos identificar los incurridos por el CIRCE, que se publican en el *Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea*, en el que consta que el desarrollo informático de la red se adjudicó en 2.018.020 euros y los servicios de explotación de dicha red se sacaron a concurso para los años 2008 y 2009 por 4.554.000 euros⁴, cifra ésta que podemos tomar como estimación del coste bianual de funcionamiento. Como las inversiones informáticas se amortizan con rapidez, pro-

² Para tener una idea de las ambiciosas pretensiones de la iniciativa, basta con ojear las páginas en Internet del CIRCE (<http://www.circe.es/Circe.Publico.Web/pub/Default.aspx>, visitada el 23 de julio de 2010).

³ Según la referencia del Consejo de Ministros de esa fecha (<http://tinyurl.com/38cbml5>, visitada el 23 de julio de 2010) a un informe del Ministro de Industria en el que se resumían las medidas que estaba llevando a cabo para facilitar la creación de pequeñas y medianas empresas y su funcionamiento, en el que anunciaba su intención de «doblar el número de PAIT en los dos años próximos, incorporando a la iniciativa a nuevos agentes privados». Resulta insólito que, como se explica en la n. 46, el CIRCE no informe debidamente sobre el número total de PAIT abiertos.

⁴ El primer contrato financió el «Servicio de desarrollo informático del sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE)» y fue adjudicado a DMR Consulting según DO 2002/S 208-164322 (25 de octubre de 2002). El segundo contrato incluye «Servicios informáticos para la explotación y soporte, durante los años 2008 y 2009, del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (Lote 1: Despliegue del CIRCE y Atención a usuarios, Lote 2: Administración, actualización y mantenimiento del portal PYME y Lote 3: Administración y explotación de las aplicaciones del Sistema de Tramitación Telemática del CIRCE (STT-CIRCE)» según DO 2007/S 139-172110 (21 de julio de 2007). (Ambos documentos disponibles en «Tenders Electronic Daily», <http://ted.europa.eu/>, visitada el 29 de julio de 2007).

cede imputar todo su coste a los cuatro primeros ejercicios, con lo que, si estimamos el coste de funcionamiento anual a precios actuales, resulta que el CIRCE ha costado 11,1 millones de euros en el período 2003-2006⁵.

Durante esos cuatro años se constituyeron 2.001 SLNE por la vía telemática a través de los PAIT y 2.625 por la presencial. Con arreglo a estos datos, la constitución de cada una de las SLNE telemáticas habría costado, tan sólo en términos de CIRCE, 5.560 euros. El valor añadido por el CIRCE a las SLNE presenciales es mínimo⁶; pero aunque se las incluyera con el mismo peso que las telemáticas, el coste medio del CIRCE aun sería de 2.405 euros por cada sociedad constituida.

Con ser muy elevadas, estas cifras subestiman gravemente el coste total, puesto que no incluyen muchos de los costes fijos. Por ejemplo, el desarrollo de la nueva legislación, ni la del nuevo e inútil sistema de contabilidad, ni la costosa adaptación de todos los agentes implicados en el proceso⁷. Tampoco incluyen muchos de los costes variables, como los incurridos por los usuarios o la parte imputable de los costes de funcionamiento de los numerosos PAIT abiertos, la mayoría de ellos con una actividad minúscula⁸. Baste señalar como referencia que en el mercado de

⁵ En concreto, 11.126.019 euros, cifra que resulta al agregar el coste de arranque, de 2.018.020 euros, y la mitad de 4.554.000 euros por gastos de funcionamiento en cada uno de los cuatro años entre 2003 y 2006.

⁶ Sólo supone una reducción de plazos a efectos de registro mercantil, mientras que para el resto de trámites los costes en tiempo y dinero son virtualmente los mismos.

⁷ En los Anexos de inversiones del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, el concepto «Nueva empresa» tenía asignados 1.710.000 euros en 2006 y 3.377.000 euros en 2007.

⁸ Pese a que en el portal CIRCE no aparecen datos sobre el número de PAIT, parece claro que la mayoría de ellos no tiene actividad. De hecho, dicho portal publica datos sobre, como máximo, los diez PAIT de mayor actividad por comunidad autónoma, pero en muchas comunidades aparecen menos de diez. En casi todas las comunidades aparecen PAIT que durante toda su existencia han constituido una sola sociedad. En la semana del 12 al 18 de julio de 2010, sólo intervinieron en la formalización de sociedades 36 PAIT, para formalizar un total de 60 sociedades, de los cuales 27 PAIT formalizaron una sola sociedad (CIRCE, «Estadísticas», <http://tinyurl.com/35qd4al> y <http://tinyurl.com/36l88y3>, visitadas el 24 de julio de 2010).

servicios jurídicos se puede adquirir en 24 horas una sociedad limitada sin actividad y con todas las garantías por poco más de 1.000 euros⁹.

Por otro lado, pese a los costes ingentes de la reforma, a que la mayoría de los PAIT no cobra a los usuarios y a que incluso se otorgaron a las SLNES considerables ventajas fiscales, el número de empresas constituidas con este sistema ha sido muy reducido, como recoge el Cuadro 7.1. Además, la tramitación ha seguido lastrada con todo tipo de fallos, de modo que buen número de las sociedades que inician su constitución por el procedimiento telemático han de acabarla por el procedimiento presencial.

Cuadro 7.1. Número de sociedades constituidas en España, por tipo social y procedimiento de tramitación

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
<i>Tramitación presencial:</i>							
Anónimas	2.529	2.224	2.159	2.025	1.881	1.236	767
Limitadas ^a	119.886	127.403	135.264	145.242	139.223	100.991	76.158
SLNE	756	912	525	432	301	144	61
Otras	745	744	679	768	1.013	1.512	983
Total presenciales	123.916	131.283	138.627	148.467	142.418	103.883	77.969
<i>Tramitación telemática (CIRCE):</i>							
Limitadas ^a					164	573	691
SLNE	141	402	491	967	1.038	831	586
Total telemáticas	141	402	491	967	1.202	1.404	1.277
Total sociedades	124.057	131.685	139.118	149.434	143.620	105.287	79.246
Peso de la tramitación telemática en el total de cada tipo de sociedad:							
Limitadas ^a					0,12%	0,56%	0,90%
SLNE	15,72%	30,59%	48,33%	69,12%	77,52%	85,23%	90,57%
<i>Peso de la tramitación telemática en el total de sociedades:</i>							
Limitadas ^a					0,11%	0,54%	0,87%
SLNE	0,11%	0,31%	0,35%	0,65%	0,72%	0,79%	0,74%
Total	0,11%	0,31%	0,35%	0,65%	0,84%	1,33%	1,61%

Fuente: Elaboración propia con datos de Registradores de España, *Estadística Mercantil*, Madrid, varios años, excepto el número de limitadas constituidas por vía telemática, que procede de las estadísticas publicadas por el CIRCE. Nota: a Se consideran sólo las sociedades de responsabilidad limitada propiamente dicha, exclusión hecha de las SLNE.

⁹ Véanse, en especial, la n. 10003 y el Cuadro 9.8 en el apartado 9.4.3.

Por último, en cuanto a los plazos de constitución, la relevancia de la SLNE y, en general de la tramitación telemática de todo tipo de sociedades limitadas sigue siendo escasa. Si bien ha acortado (1) el plazo de presentación de las escrituras una vez firmadas en el Registro Mercantil (según muestra el Cuadro 7.2, en 2009 ese plazo fue en promedio de 20,82 días para las presenciales y de 3,53 días para las telemáticas, lo que supuso una diferencia del 83,05%); así como también (2) el plazo de la inscripción registral (que fue, respectivamente, de 7,45 y 5,94 días, con una diferencia del 20,27%); el plazo principal, que es (3) el de la firma de la escritura, sólo se redujo de 33,79 a 31,91 días, con una diferencia de apenas el 5,56%. Consiguientemente, la escrituración notarial, que ocupa el 55,36% del plazo total en las constituciones presenciales ocupa el 78,44% en las telemáticas.

Cuadro 7.2. Plazos medios de tramitación de las sociedades mercantiles constituidas en 2009

<i>Trámite</i>	<i>Tramitación telemática</i>		<i>Tramitación presencial</i>		<i>Reducción de plazos en telemáticas respecto a presenciales</i>	
	<i>Plazo medio del plazo (días)</i>	<i>Porcentaje del plazo total</i>	<i>Plazo medio del plazo (días)</i>	<i>Porcentaje del plazo total</i>	<i>Días</i>	<i>Porcentaje</i>
<i>Escrituración notarial</i>						
Tiempo transcurrido entre la certificación del Registro Mercantil Central sobre la no coincidencia de denominación social y la firma de la escritura notarial	31,91	78,44%	33,79	55,36%	1,88	5,56%
<i>Presentación al Registro Mercantil</i>						
Tiempo transcurrido entre la firma de la escritura notarial y la presentación de la misma al Registro Mercantil	3,53	8,68%	20,82	34,11%	17,29	83,05%
<i>Calificación e inscripción registral</i>						
Tiempo transcurrido entre la presentación de la escritura ante el Registro Mercantil y la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil	5,94	14,60%	7,45	12,21%	1,51	20,27%
<i>Plazo total</i>						
Tiempo transcurrido entre la certificación del Registro Mercantil Central sobre la no coincidencia de denominación social y la inscripción en el Registro Mercantil	40,68	100,00%	61,04	100,00%	20,36	33,36%

Fuentes: Registradores de España, *Estadística Mercantil 2009*, Madrid, 2010, pág. 3 (<http://tin-yurl.com/37y3871>, visitada el 22 de julio de 2010).

Estos pobres resultados no han impedido, sin embargo, que la reforma recibiese comentarios elogiosos, lo cual debe alertarnos acerca de la calidad de las valoraciones que a veces se hacen de este tipo de iniciativas. No sólo el informe *Doing Business in 2005* celebró que se hubiera creado ese nuevo tipo de sociedad mercantil, que según el informe reducía de 11 a 7 el número de trámites¹⁰; sino que sus logros resultaban «impresionantes» para la propia Comisión Europea, pues:

«España ha conseguido reducciones espectaculares en los plazos necesarios para el registro de una empresa con el proyecto “Nueva Empresa”, haciendo que sea posible poner en marcha una pequeña empresa a través de Internet en tan sólo 48 horas. Las 48 horas incluyen la totalidad de los siete pasos anteriormente necesarios (por ejemplo, el registro en la administración tributaria, el registro mercantil y la seguridad social), en comparación con el plazo de 30 a 60 días necesario en el pasado. Esto supone un logro impresionante que supera ampliamente el objetivo de 42 días establecido por España para 2006. El proyecto Nueva Empresa también incluye un sistema contable simplificado, ventajas fiscales y financieras además de servicios de apoyo, creando así un paquete global que ayuda al empresario a crear una nueva empresa no sólo rápido, sino con más facilidad»¹¹.

7.1.2. DIAGNÓSTICO

Es tentador achacar el limitado alcance de la iniciativa «nueva empresa» al empleo de un nuevo tipo jurídico plagado de defectos, como son: (1) ligar el nombre social al nombre personal de uno de los socios, creando un engendro innecesariamente personal, largo y repetitivo, eliminando el anonimato que ofrecen a los socios otras figuras societarias y obligando a que hayan de acabar cambiando de nombre, lo que constituye una dificul-

¹⁰ WORLD BANK, *Doing Business in 2005: Removing Obstacles to Growth*, Oxford University Press, Washington DC, 2004, págs. 17-18. Ese año, el informe basaba su información cuantitativa sobre España en la formalización de este tipo de sociedad. Los informes de años posteriores volvieron, sin embargo, a tomar como referencia representativa la tramitación convencional.

¹¹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Carta Europea de la Pequeña Empresa*, Bruselas, 11 de febrero de 2004, COM(2004) 64 final, págs. 6-7 (nota al pie omitida).

tad importante¹²; (2) dotarla con unos estatutos orientativos gravemente imperfectos (por ejemplo, el artículo 7.B.a se refiere a una «mayoría cualificada» que no se determina, lo que podría originar cierta inseguridad jurídica); (3) restringir el número de socios y negar la posibilidad de que lo sean las personas jurídicas; (4) coartar la autonomía de la voluntad al tasar las modificaciones estatutarias permisibles y dificultar la adopción de pactos; (5) conformar de manera rígida la estructura del órgano de administración, pues se prohíbe la administración por consejo pluripersonal, mancomunada y por un no socio; y (6) establecer un régimen confuso y disuasorio del conflicto de interés en caso de destitución del administrador¹³.

Lo defectuoso de este diseño jurídico ha contribuido sin duda a la escasa implantación de la SLNE. Pero las causas del fracaso son más amplias y profundas, como demuestra el que, cuando se ha permitido tramitar por el mismo sistema sociedades limitadas convencionales, el grado de utilización de esta posibilidad ha sido mínimo¹⁴. La causa principal reside más bien en que no se ha llevado a cabo una simplificación real, ya que, en lugar de eliminar trámites, se optó por comprimirlos. Principalmente, en vez de permitir el registro público de un formulario por simple declaración de los interesados, como se hace en muchos países¹⁵, se mantuvo el re-

¹² El cambio perjudica la reputación de la empresa, ya que envía una señal negativa a todos los que se relacionan con ella, y más en un momento tan crítico como el de su lanzamiento. Además, no es una tarea sencilla, a juzgar por la propia descripción del CIRCE en «Cambio de denominación Social» (<http://tinyurl.com/36mb99m>, visitada el 23 de julio de 2010).

¹³ Véanse, sobre todo, Alfaro, «Lowering Legal Barriers to Entry...», 2004, *op. cit.*, n. 39; y *Guía fácil de la Nueva Empresa*, 2003, *op. cit.*, n. 39.

¹⁴ El Real Decreto 1332/2006 permitió constituir sociedades de responsabilidad limitada convencionales por vía telemática a través del sistema CIRCE desde el 15 de marzo de 2007, pero los resultados han sido pobres: el número de sociedades limitadas constituidas a través del sistema había sido de 2.126 hasta julio de 2010 (dato tomado de CIRCE, «Estadísticas: empresas constituidas por procedimiento telemático», en <http://tinyurl.com/35qd4al>, visitada el 24 de julio de 2010). Baste señalar como referencia que, entre 2007 y 2009, se constituyeron en España un total de 317.800 sociedades de responsabilidad limitada.

¹⁵ Véanse, como comparación, por ejemplo, los casos de Gran Bretaña (<http://tinyurl.com/33vj6vk>), Nueva Zelanda (http://www.med.govt.nz/ri/co_reg.html), Canadá (<http://tinyurl.com/87bg8>), Estados Unidos (<http://www.incorporation.us.com/>), Australia (<http://tinyurl.com/fjun7>), o, incluso, de gran interés por encuadrarse dentro del

quisito de escritura notarial (con diferencia el trámite de mayor duración, como refleja el Cuadro 7.2), lo que alarga el proceso y aumenta seriamente su complejidad y la incidencia de errores. Además, en lugar de convertir ventanillas preexistentes en ventanillas únicas, como hubiera sido razonable¹⁶, se abrieron nuevas ventanillas, ubicadas en oficinas municipales y corporativas, dedicadas a la promoción empresarial y desvinculadas, por tanto, de los organismos y profesionales dedicados a la tramitación administrativa. La consecuencia ha sido un gran despilfarro para crear un nuevo sistema que sufre las desventajas del sistema convencional sin obtener las ventajas potenciales de la simplificación de trámites.

A la luz de esta experiencia, convendría reconsiderar y exigir un estándar mínimo a aquellas propuestas de simplificación administrativa que dan por supuesta la escasa importancia de sus costes de puesta en marcha. Baste mencionar como ejemplo un informe de la patronal según el cual

«la adopción de algunas de estas Medidas [propuestas para reducir las cargas administrativas de las empresas] puede tener, inicialmente, un coste de puesta en marcha que no ha sido evaluado en este Proyecto. *Estos “costes de puesta en marcha” deben ser, en todo caso, muy inferiores a los ahorros potenciales totales que se obtendrían por la implantación de estas medidas multiplicado por el número de años de vigencia de los “costes evitados”*»¹⁷.

Desgraciadamente, este optimismo de los redactores dista de estar justificado cuando se examina la iniciativa SLNE: los costes evitados han sido minúsculos y los costes de puesta en marcha han sido gigantescos.

7.1.3. PALIATIVOS

A la vista de todas las dificultades que experimentaban las SLNE, se han introducido diversos cambios normativos para agilizar su funcio-

civil law, Francia (http://www.greffe-tc-paris.fr/greffe2_new.htm) y Portugal (<http://www.empresanahora.mj.pt/>, visitadas el 12 de mayo de 2007).

¹⁶ WORLD BANK, *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*, World Bank y Oxford University Press, Washington DC, 2003, pág. 25.

¹⁷ CEOE-CEPYME, «Análisis de las cargas administrativas soportadas por las empresas españolas», Madrid, 23 de febrero de 2010 (<http://tinyurl.com/337y3be>, visitada el 2 de agosto de 2010), pág. 61.

namiento y se ha intentado involucrar a los gestores privados para que utilicen la plataforma telemática de formalización. En su día, ya se agilizó el nuevo trámite que fue necesario introducir para cambiar la denominación social alfanumérica de las SLNE¹⁸; y se hizo posible la participación de agentes privados en la promoción y gestión de los PAIT¹⁹. A continuación, en virtud de la entrada en vigor del Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, se han podido constituir desde el 15 de marzo de 2007 sociedades de responsabilidad limitada convencionales (SL) por vía telemática a través del sistema CIRCE. Asimismo, para agilizar el sistema, la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información introdujo nuevas reformas y, entre otras medidas, autorizó al Gobierno para regular una bolsa de denominaciones sociales y elaborar un modelo tipo de estatutos en la sociedad de responsabilidad limitada²⁰.

Sin embargo, es dudoso que estos elementos (apertura a agentes privados, bolsa de denominaciones, estatutos tipo) sean suficientes para

¹⁸ Véanse el artículo 25 y la Primera Disposición Adicional de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 277, 19 de noviembre de 2005.

¹⁹ La Ley 30/2005 de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, vino a modificar el apartado 5 de la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que en su primer párrafo establece ahora que «la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Economía, podrá celebrar convenios de establecimiento de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT) de las sociedades Nueva Empresa con otras Administraciones públicas y entidades públicas o privadas. Los puntos de asesoramiento e inicio de tramitación serán oficinas desde las que se podrá solicitar la reserva de denominación social a que se refiere el apartado cuarto del artículo 134 y se asesorará y prestarán servicios a los emprendedores, tanto en la definición y tramitación administrativa de sus iniciativas empresariales como durante los primeros años de actividad de las mismas, y en ellos se deberá iniciar la tramitación del DUE. En los convenios se establecerán los servicios de información, asesoramiento y tramitación que deben prestarse de forma gratuita y los de carácter complementario que pueden ofrecerse mediante contraprestación económica».

²⁰ Autorización reiterada en la D.F. 1.^a de la Ley de sociedades de capital, que en lo relativo a la bolsa de denominaciones ya no hace referencia a las sociedades limitadas, por lo que las denominaciones incluidas en la bolsa podrán ser empleadas para constituir todo tipo de sociedades.

aumentar el volumen de actividad del CIRCE y reducir sus costes medios a un nivel aceptable. De momento, se han demostrado insuficientes²¹. Para salvar el sistema, se requeriría que lo usaran los agentes privados, pero, hoy por hoy, tienen pocos incentivos para ello, pues les proporciona escasa utilidad. Como se ha argumentado en los capítulos precedentes, una estrategia eficaz de reforma debería aspirar a aumentar dicha utilidad, procediendo a una simplificación real de los trámites, lo que requeriría hacer facultativa la intervención notarial, eliminar o posponer los requisitos de pago del impuesto y aportación del capital, y sustituir los estatutos sociales por una mera remisión al texto legal. Adicionalmente, en lugar de integrar la función de ventanilla única en la Administración pública, es necesario basar su desarrollo en la iniciativa privada, como defiende la sección 8.3.

7.2. SUPRESIÓN DE TRÁMITES EN LA *EMPRESA NA HORA* PORTUGUESA

Gracias a la iniciativa conocida como *Empresa na Hora*²², los empresarios portugueses pueden constituir una compañía inmediatamente en el Registro Mercantil portugués en un tiempo muy breve: una hora y catorce minutos²³, en promedio (contando sólo la constitución jurídica, pues la transmisión de datos a Hacienda y Seguridad Social suele demorarse por espacio de un día).

²¹ Corrobora esta apreciación la baja utilización que siguen demostrando los datos que proporciona el propio portal del CIRCE (véase las estadísticas mencionadas en la n. 52).

²² Véase el Decreto-Ley 76-A/2006, de 29 de marzo, que modifica el Código de Sociedades Comerciales, el Código del Registro Mercantil y otra legislación comercial, así como <http://www.empresanahora.pt/> (visitada el 15 de julio de 2007). Sobre las distintas opciones disponibles para constituir una sociedad, véase IAPMEI, «Registering a business with the Business Formalities Centre (CFE)» (http://www.cfe.iapmei.pt/cfe_ctexto_00.php?ctlocal_id=11, visitada el 13 de julio, 2007).

²³ Según http://www.empresanahora.pt/ENH/sections/EN_homepage (visitada el 16 de julio de 2007).

8.2.7. EL FIASCO DE LAS VENTANILLAS ÚNICAS PÚBLICAS

Los esfuerzos de simplificación administrativa se basan a menudo en crear «ventanillas únicas» públicas. Conocidas no sólo como *one-stop shops*, sino también como *service counters*, *single access points*, *single windows*, o *information kiosks*, han sido creadas con funciones muy diversas, que comprenden desde el mero suministro de información a la centralización de servicios de licencia y registro²⁵. En particular, han sido muy populares en el campo de la formalización empresarial, hasta el punto de que «la creación de ventanillas únicas para el registro de sociedades mercantiles fue la reforma más popular en 2005/06. Ocho países –Burkina Faso, Croacia, El Salvador, Guatemala, Lituania, Macedonia, Portugal y Ucrania– combinaron el registro de sociedades, impuestos y seguridad social en un edificio. Otros 15 crearon ventanillas únicas entre 2003 y 2005»²⁶.

²⁵ Véase, respecto a su evolución y algunas aplicaciones, OECD (ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT), *Cutting Red Tape: National Strategies for Administrative Simplification*, OECD, París, 2006, págs. 62-65. Lógicamente, los riesgos y dificultades que se plantean aumentan en aquellas reformas que aspiran a crear puntos de acceso a las administraciones públicas de carácter integral, lo que a veces se ha denominado *whole-of-government points of access*. A este ambicioso objetivo se orientan, según el estudio de la OCDE, las reformas de muchos países que aspiran a resolver así los problemas de coordinación entre sus distintas burocracias públicas (12).

²⁶ WORLD BANK, *Doing Business in 2007: How to Reform*, Oxford University Press, Washington DC, 2006, pág. 11.

Sin embargo, estas ventanillas únicas públicas suelen compartir los malos incentivos de las organizaciones a las que pretenden coordinar. Existe por ello un alto riesgo de que fracasen y sólo se consiga añadir un organismo más a la burocracia pública. Una de las raíces del fracaso reside en que, al pensar el problema, se atiende sólo a la propia Administración y, en cambio, se presta escasa atención a los intermediarios privados que ya vienen de hecho proporcionando servicios de ventanilla única a los usuarios en sus relaciones con las administraciones públicas. Esta filosofía intervencionista está bien representada por el método del informe *Doing Business*²⁷, que incluso supone explícitamente que los fundadores de la empresa efectúan todos los trámites necesarios por sí mismos, sin recurrir a ningún tipo de agente o intermediario, ya sean gestores administrativos, contables o abogados, para que les faciliten su tarea, a menos que exista obligación legal de emplearlos.

Esta marginación de los intermediarios o «gestores» distorsiona la percepción de cuál es la situación real y conduce a políticas erróneas. Puesto que, bajo cualquier sistema, incluso en los de ventanilla única pública, son los gestores quienes realizan la mayor parte de la tramitación, el coste real de ésta depende de la operatividad de los gestores, la cual varía como consecuencia de bajo qué restricciones jurídicas hayan de operar y de cómo se organice la Administración. Por ejemplo, es mucho menos relevante que el plazo en el registro mercantil sea largo cuando el ordenamiento legal posibilita la compraventa de sociedades sin actividad previa y constituidas con el solo propósito de agilizar la creación de empresas²⁸. Como mínimo, sería deseable contar con indicadores acerca de la posibilidad y el coste de adquirir sociedades de este tipo, como proponemos en el apartado 9.4.3.

Adicionalmente, olvidarse del sector privado de gestoría o intermediación administrativa impide considerar políticas adaptadas a su existencia,

²⁷ Lo cual no deja de resultar paradójico, dadas las ínfulas libertarias de dicho proyecto.

²⁸ Los gestores privados son fundamentales, por ejemplo, para que los empresarios extranjeros puedan constituir rápidamente sus sociedades en el Reino Unido, en búsqueda de un mejor entorno regulatorio. Véase, al respecto, Marco BECHT, Colin MAYER, y Hannes F. WAGNER, «Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry», *ECGI - Law Working Paper*, núm. 70/2006, agosto de 2007 (<http://ssrn.com/abstract=906066>, visitada el 20 de febrero de 2008).

dirigidas a establecer en los diversos órganos de la Administración Pública sistemas idóneos para que los gestores puedan competir en el mercado en la prestación de servicios similares a los de una ventanilla única²⁹, lo cual evita de raíz el insoluble problema que plantea la organización de tales ventanillas dentro de la propia Administración. Es ésta una solución más prometedora, menos intervencionista y muchos menos costosa, que desarrollaremos con mayor detalle en la sección 8.3.

Ejemplos

De momento, conviene contrastar que este olvido del gestor privado conduce a menudo a crear una nueva burocracia de gestorías públicas que, desde el punto de vista del usuario, desempeñan la misma función que las gestorías privadas y viene por tanto a competir con ellas. Ello se debe a que, en ausencia de ventanillas únicas, el empresario suele optar por relacionarse con las administraciones públicas a través de la gestoría, que es quien entra en contacto directo con las administraciones para realizar, en nombre del empresario, todos los trámites administrativos necesarios, tanto para crear la empresa como para satisfacer sus obligaciones periódicas de tipo contable, laboral y fiscal. Sus servicios llegan, incluso, a abarcar la asesoría jurídica y empresarial, e incluyen, a menudo, la venta de sociedades preconstituidas y sin actividad previa³⁰.

Varias de las reformas que hemos ido analizando a lo largo de este libro (en concreto, las de Costa Rica, España, Nicaragua y Venezuela) compartían esta filosofía intervencionista, en la medida en que, más que simplificar los trámites, pretendían crear ventanillas únicas públicas interconectadas con los organismos ante los que hay que realizar los trámites. En otras ocasiones, tan sólo centralizaron la recogida de papeles que luego remiten o entregan a cada organismo, de modo muy similar a las

²⁹ Encaja esta perspectiva en que «hoy en día, los países de la OCDE se centran en desarrollar servicios de prestación por “múltiples canales” para mejorar y facilitar el acceso del usuario a los servicios públicos—los canales implicados abarcan desde los medios tradicionales, como el mostrador y el teléfono, a los electrónicos: Internet, e-mail, SMS, televisión digital» (OCDE, *Cutting Red Tape*, 2006, *op. cit.*, n. 93, pág. 63).

³⁰ Véase la sección 9.4.3.

gestorías privadas, como ocurre en El Salvador (salvo el alta en los registros fiscales que se realiza por vía telemática). Bien entendido que en este caso las cifras han sido minúsculas, pues sólo tres empresas se han constituido realizando la totalidad de los trámites a través de la ventanilla única, cuya actividad parece que se ha centrado en informar y asesorar a las empresas. Con ser llamativa, la baja productividad de esta iniciativa salvadoreña no es excepcional, como confirman dos ejemplos españoles. Ya hemos visto en la sección 7.1 que la iniciativa SLNE, lanzada por el Ministerio de Industria en 2003, presenta unos resultados lamentables. No son mejores los resultados que ofrecen las «Ventanillas Únicas Empresariales», conocidas como VUE, promovidas por el Ministerio de Administraciones Públicas desde mayo de 1999 y muchas de las cuales han funcionado también más tarde como PAIT. A 31 de agosto de 2004, estaban abiertas 31 de estas VUEs, que habían ayudado a tramitar la creación de 20.395 empresas. Pero su productividad también había sido extraordinariamente baja, máxime considerando que un 73,02% de esas empresas eran empresarios individuales: en promedio, cada VUE había ayudado a tramitar menos de una empresa durante cada día laborable que había estado abierta³¹. Da qué pensar sobre la escasa fiabilidad y endogamia que padece este tipo de iniciativa el hecho de que, pese a esta ínfima productividad, un *Benchmarking Exercise* de la Unión Europea calificase esta iniciativa de VUE como un ejemplo de buena práctica³².

Ventanilla pública como integración vertical de la tramitación

El frecuente fracaso de las ventanillas únicas obedece a dos tipos de errores: o bien se diseñan como un sustituto de la tramitación privada, ac-

³¹ Promedio calculado por el autor a partir de los «Datos generales de las Ventanillas Únicas Empresariales (a 31 de agosto de 2004)», proporcionados por la Dirección General de Política de la PYME, Ministerio de Industria, y considerando cinco días laborables a la semana.

³² CENTRE FOR STRATEGY AND EVALUATION SERVICES, *Benchmarking the Administration of Business Start-ups*, Final Report to the European Commission, Enterprise Directorate General, Bruselas, enero de 2002, pág. 62. Conviene recordar que, pese a su fracaso, tanto la Unión Europea como el Banco Mundial también celebraron como un éxito la iniciativa SLNE (véanse las notas 48 y 49 del capítulo 7).

tividad ésta que en el fondo las ventanillas integran verticalmente en la Administración Pública; o bien se centralizan en las ventanillas únicas funciones de control para las que no suelen estar capacitadas. Además, su creación tampoco se justifica por razones de equidad.

La similitud entre las funciones que desempeñan las ventanillas únicas y las gestorías privadas, ambas encargadas de intermediar entre empresarios y agencias públicas, arroja dudas especialmente sobre aquellas reformas que se limitan a reducir los «contactos» de los administrados con la Administración pero no los que los diversos organismos de ésta han de realizar entre sí. Esta reducción de contactos constituye una mera integración vertical de la actividad que previamente desarrollaban los gestores privados, pues el empresario ya puede evitar la mayoría de contactos con la Administración sin más que contratar los servicios de un gestor. Además, dicha reducción de contactos va acompañada por cierto grado de nacionalización, pues, aunque el ente que actúa como ventanilla tenga gestión privada (y a menudo es un mera agencia pública), la iniciativa acerca de su creación y su ordenación corresponden a la Administración. Consecuentemente, y en la medida en que se nacionaliza la actividad, es probable que empeoren los incentivos, como ilustran muchos de los ejemplos que hemos comentado.

Por estos motivos, tiene escaso fundamento la recomendación de *Doing Business*, según la cual las reformas deben «reducir el número de burócratas con los que han de relacionarse los empresarios»³³. Simplemente, de hecho ya no son los empresarios quienes se relacionan con la Administración³⁴, y no hay razones para pensar que esas relaciones sean más eficientes cuando se integran verticalmente en la Administración (empresarios-ventanilla única-organismos públicos) que si se proporcionan en el mercado (empresarios-gestores privados-organismos públicos). Máxime cuando, en el primer caso, la mayoría de empresarios sigue tratando

³³ World Bank, *Doing Business 2007*, *op. cit.*, n. 94, pág. 5, énfasis añadido.

³⁴ Un informe de las patronales españolas estima que el 90% de las empresas de menos de 20 trabajadores subcontrata con una gestoría o asesor todos los trámites legales (CEOE-CEPYME, «Análisis de las cargas administrativas soportadas por las empresas españolas», Madrid, 23 de febrero de 2010, pág. 26 (<http://tinyurl.com/337y3be>, visitada el 2 de agosto de 2010).

con gestores, de modo que, tras la reforma, se tienen realmente cuatro fases: empresarios-gestores privados-ventanilla única pública-organismos públicos.

Ventanilla pública como unificación de registros públicos

Alternativamente, en vez de aspirar a una simple gestoría tramitadora de titularidad pública, las reformas pueden intentar que la ventanilla constituya un registro unificado con plenos efectos jurídicos en todas las áreas, mercantiles y administrativas, incluyendo el ámbito fiscal y el laboral. En este caso, la ventanilla, además de informar a los diversos organismos, como sucede cuando se la configura como mera gestoría, ha de ejercer los controles que tales organismos venían ejerciendo, o bien esos controles han de ser pospuestos a la formalización empresarial, lo cual entraña dificultades adicionales.

El que la ventanilla única pueda llevar a cabo una labor de este tipo exige por ello una gran eficacia. Se encuentra en esta materia una razón adicional para dar prioridad a unos ciertos mínimos organizativos antes de abordar una reforma de esta índole, como se ha esbozado en el apartado 4.2.1. La experiencia colombiana pone de relieve tanto la posibilidad de ir más allá de la mera gestoría como la necesidad de un control riguroso. Como explica el apartado 4.4.1, el que no alcanzara buena parte de sus objetivos obedeció, en buena medida, a la incapacidad para ejercer un control eficaz en la inscripción registral.

Pese a estas dificultades, la puesta en marcha de una ventanilla única de titularidad pública tiene más sentido si desempeña funciones (que serán, fundamentalmente, de notificación más que de control) que, *por sus efectos públicos*, no están al alcance de las gestorías privadas. La capacidad de control es esencial para que pueda desempeñar esas funciones, y constituye así un mínimo adicional a la hora de sentar las prioridades de la reforma.

Ventanilla única y equidad

En las discusiones sobre este asunto, existe cierta confusión de causas y consecuencias, que lleva a veces a presentar a la gestoría privada como una fuente de corrupción y desigualdad. Sin embargo, la existencia del

gestor privado y sus prácticas sólo responden a la situación en que se encuentra la Administración Pública. Si ésta es corrupta, en la misma medida lo serán las prácticas de los empresarios y los gestores. Si tratar con la Administración es costoso, también lo serán los gestores y, por tanto, el acceso a sus servicios sólo será accesible a ciertas empresas, en un equilibrio asignativo no necesariamente ineficiente y que en todo caso viene dado por la actuación pública.

En ese contexto, sustituir al gestor por una ventanilla pública gratuita (sin más cambios) puede producir cierta «igualdad». Pero será ésta una igualdad ineficiente, pues no permite que los precios asignen los recursos dedicados a gestionar trámites en función de la valoración que los usuarios hacen de los servicios. Y esta valoración privada no tiene por qué ser diferente de la valoración social. Por ejemplo, podríamos acabar teniendo oficinas públicas de gestión saturadas y que, por tanto, asignasen su capacidad en función de tiempos de espera, lo que las llevaría a atender una demanda de escaso valor. En tal caso, su aparente gratuidad estaría empeorando la asignación de recursos respecto a un sistema con gestores privados que cobrasen precios competitivos.

8.3. EL PAPEL DE LOS GESTORES PRIVADOS EN UN PROCESO MODERNO DE FORMALIZACIÓN

Con base en los análisis precedentes, tiene sentido diseñar los procesos de formalización buscando una colaboración eficiente de actividades públicas y privadas. Para concretar dicha colaboración, han de entenderse (1) las posibles resistencias y (2) ventajas comparativas de los gestores; y definirse una serie de políticas sobre, al menos, cómo controlar (3 y 4) la adhesión al sistema, (5) la representación de los empresarios por los agentes y (6) la entrada de información; así como (7) analizar si conviene o no fragmentar modularmente el sistema para adaptarse a la estructura y práctica del sector privado; (8) establecer una política de precios tanto para el procesador central como para los agentes en contacto con los empresarios; y (9) equilibrar los órganos de gobierno del sistema. En todos estos ámbitos, el éxito de una iniciativa de colaboración con los agentes privados requiere cambios sustanciales respecto a las prácticas que suelen adoptarse cuando la estrategia de reforma prescinde de colaborar con ellos. Algunas

de estas pautas son aplicables, por último, no sólo a la entrada de información en los registros públicos sino también para (10) su explotación y salida.

Eso requiere, en particular, entender en qué funciones disfruta de ventaja comparativa el sector privado de gestoría empresarial que ha venido satisfaciendo la demanda de los usuarios para disponer de un servicio integrado en sus relaciones con la Administración.

Analicemos, en primer lugar, el caso de España para extraer, a continuación, algunas pautas de índole más general.

1. *Resistencias iniciales de los gestores.* De entrada, la actitud de muchos operadores privados tradicionales hacia la tramitación telemática puede ser negativa, pues su función mediadora pierde sentido cuando la Administración establece una relación directa con los administrados, sobre todo si se simplifican los procedimientos, lo que reduce el mercado de gestión. Sin embargo, la Administración puede introducir las nuevas tecnologías de maneras muy diferentes: puede hacer que estas nuevas tecnologías suplanten o no a los intermediarios con la propia Administración y que faciliten o no la actuación de estos intermediarios en los nuevos sistemas. En particular, la demanda de los agentes privados no depende tanto de los mecanismos de comunicación con la Administración como de la complejidad de la regulación. En otras palabras, si la regulación es compleja, la capacidad de los individuos para interactuar directamente con la Administración –tanto por medios convencionales como telemáticos– es escasa y se mantiene la demanda para intermediarios especializados.
2. *Ventajas comparativas.* En principio, parece lógico que los gestores que se vienen dedicando profesionalmente a la tramitación administrativa convencional estén mejor preparados para prestar los servicios de asesoría, cumplimentación de impresos y tramitación que suelen prestar gratis los funcionarios y empleados de las ventanilla únicas públicas. Ciertamente, la tramitación telemática aún requiere cumplimentar formularios, y esa función no sólo es asumible por los agentes privados sino que son los agentes especializados en la constitución de sociedades y la tramita-

ción fiscal y laboral quienes mejor preparados están para asumirla y ejecutarla con eficacia³⁵. Al ser quienes han venido tramitando la formalización convencional, son los que atesoran el mayor conocimiento específico, no sólo para cumplimentar con eficacia y en interés del empresario los trámites, sino para ponderar las incidencias que suelen producirse en este tipo de proceso. Por este motivo, los agentes privados pueden proporcionar a los demás operadores un interlocutor que no sólo es representante del empresario sino que también está informado del funcionamiento del sistema. Ambas características son utilizables para subsanar con rapidez todo tipo de fallos e incidencias. Una ventaja añadida en países como España es que muchos de ellos son clientes habituales de un notario. Por ello, si se mantuviese la intervención notarial obligatoria, los gestores pueden contribuir a acelerar la firma de las escrituras, plazo que ha sido la barrera fundamental para reducir el tiempo total de tramitación.

3. *Apertura generalizada a profesionales y usuarios.* El que los agentes privados o los mismos fundadores de la sociedad mercantil puedan cumplimentar y tramitar los documentos de formalización telemática (en España, el DUE) no tiene por qué afectar a la eficacia del control que efectúa la Administración sobre los diversos trámites que comporta la formalización de la empresa. El motivo es que en la actualidad ese control lo ejercen los distintos profesionales y órganos implicados en el proceso (en España, los notarios, el Registro Mercantil, la Agencia Tributaria y la Seguridad Social) y no las ventanillas únicas (los PAIT).

Como consecuencia, las únicas razones para restringir el acceso directo a la formalización telemática son las derivadas de las posibles limitaciones en el funcionamiento del propio sistema central de tramitación telemática (el CIRCE, en el caso de España), sobre todo, de su capacidad para procesar las altas, la información y las inci-

³⁵ Por el contrario, la circulación telemática de documentos simplemente elimina una de las funciones tradicionales de algunos de los gestores administrativos en España, consistente en transportar documentos entre notarías, registros y otras oficinas públicas, encargándose también a menudo de tramitar el pago de impuestos.

dencias. La estrategia de actuación para minimizar estas incidencias debe ir dirigida a hacer el sistema simple y robusto, y no a que sólo los expertos puedan interactuar con él.

4. *Mínima mediación corporativa.* Las relaciones entre el sistema de formalización telemática y los colegios y asociaciones profesionales deben referirse a la mera coordinación y difusión en interés mutuo, evitando encargar ninguna tarea de control a los colegios y asociaciones. El motivo reside en que no son las ventanillas únicas ni los agentes privados quienes ejercen el control, sino que actúan meramente como canales de entrada, por lo que no es necesario establecer mecanismos de exclusividad ni de control corporativo por parte de los colegios y asociaciones profesionales, mecanismos que, si bien en algún caso pudieran mejorar el control, aumentarían el poder oligopolístico de la profesión correspondiente. Además de evitar este oligopolio, esta política facilita la participación en el sistema de todo tipo de profesionales y, en última instancia, de los usuarios individuales.
5. *Libertad de forma para el apoderamiento de agentes privados.* La ley debe dar libertad a los empresarios fundadores para formalizar libremente el poder de representación al agente de cara a la formalización de la empresa por vía telemática, permitiendo así el apoderamiento mediante documento privado, de modo similar a cómo se efectúa ya en muchos países respecto a la tramitación fiscal, laboral y administrativa. Es de interés apreciar en esta materia la política de los CFE franceses, en los cuales la representación del empresario al agente para que éste pueda actuar ante el CFE se formaliza mediante una simple autorización escrita³⁶.
6. *Control equivalente al convencional.* Cuando coexisten los dos sistemas de formalización (el telemático y el convencional en papel), la comparación de su eficacia requiere que ambos cuesten lo mismo al usuario y ejerzan un mismo control de la legalidad. No es fácil justificar que un nuevo sistema de formalización cuente con ventajas fiscales o de precio: a los posibles efectos externos positivos de-

³⁶ Agence Française pour les Investissements Extérieures, «Setting up in France», <http://tinyurl.com/37vlecp> (visitada el 12 de junio de 2007).

rivados de su uso se oponen los pobres incentivos que genera en los órganos proveedores y la dificultad que surge para evaluar su actuación³⁷.

7. *Modularidad del sistema.* Tanto en la creación de empresas como en la constitución de sociedades el mercado ha dado en repartir funciones entre los distintos agentes, configurando así una solución a menudo desintegrada horizontal y verticalmente en proveedores de servicios con muy diversos grados de especialización. Intervienen así una gran variedad de agentes: no sólo gestores administrativos sino también expertos fiscales, laborales y jurídicos. Con frecuencia, sólo uno de estos agentes se relaciona con el cliente y actúa como contacto de los demás. Las soluciones son muy variadas, incluso dentro de un mismo sector: por ejemplo, muchas firmas de abogados contratan los servicios de gestoría a agentes especializados, mientras que otras firmas integran las labores de gestoría o las desarrollan a través de empresas filiales.

Ciertamente, la modularidad entraña costes. Pero una solución de traje único, en la que todas las empresas formalizan todas sus relaciones en el mismo momento, reduce notablemente el atractivo del sistema telemático. Además, se encuentra especialmente mal adaptada para la estructura del sector que proporciona servicios privados de formalización. Como consecuencia, para que el sistema telemático pueda cooperar con estos operadores privados, habrá de adaptarse a esa fragmentación de las gestorías privadas, fraccionando el sistema en diversos módulos acordes con la propia especialización de las gestorías, al menos en sus ramas jurídica, fiscal y laboral. Ha

³⁷ En este sentido, la reforma que introdujo la SLNE española contiene todo tipos de distorsiones. No sólo los servicios de tramitación equivalentes a los proporcionados por gestorías privadas se prestan gratis en los PAIT, sino que, además, cuenta con ventajas fiscales. En sentido opuesto, los PAIT incurren en cierto rigorismo, ya que, en cada nueva empresa, obligan a dar de alta al menos a un administrador como autónomo en la Seguridad Social. En cambio, en la tramitación convencional fuera de los PAIT, la Seguridad Social no conoce de la creación de la sociedad, por lo que existen numerosas sociedades de baja actividad cuyos administradores no cotizan a la Seguridad Social. Además, algunas sentencias justifican el no dar de alta a un administrador si no ejerce esa tarea con una dedicación sustancial.

de ser posible, sobre todo, que diversos agentes puedan colaborar entre sí al cumplimentar los documentos de formalización.

8. *Libertad de precios.* La participación de los agentes privados en el proceso de formalización telemática de empresas sería inviable si no pudieran cobrar por sus servicios. Ejemplifican bien este asunto casos como el español, donde los convenios para la apertura de PAIT imponían a éstos la prestación de servicios gratuitos. Esta práctica de gratuidad probablemente fue responsable de la escasa colaboración alcanzada, al eliminar de raíz la principal motivación de la que hubieran podido disponer para competir y prestar un buen servicio. Pero, en todo caso, si la gratuidad podía tener algún sentido para PAIT públicos y corporativos, no lo tiene para agentes privados que están prestando servicios idénticos en el procedimiento convencional. Su participación en el sistema telemático sólo es viable desde una lógica de beneficio económico, tanto de los propios agentes como de los empresarios. Es preciso proporcionar incentivos a todos los agentes para que compitan entre sí y operen eficientemente. Por tanto, es lógico que obtengan una remuneración por todos los servicios que presten³⁸; de lo contrario, sus incentivos serían deficientes.

Surge una cuestión similar al observar que si el procesador central (el CIRCE en España) no cobra por sus servicios, los agentes privados y las ventanillas públicas tipo PAIT se benefician gratuitamente de sus servicios, igual que lo hace todo tipo de usuario de

³⁸ Es de interés apreciar en este punto la política de precios de los CFE franceses, los cuales ofrecen servicios diferentes a precios también diferentes a empresarios y gestores. Por ejemplo, el de la Cámara de Comercio de París proporciona a los empresarios servicios de asesoría y gestión del expediente por 60 euros, mientras que en el servicio a los gestores o *professionnels des formalités* omite la asesoría y rebaja el precio a 40 euros. (<http://www.cfe.ccip.fr/index.asp?idmetapage=3&idlangue=5>, visitada el 15 de mayo de 2007). Estas prestaciones y precios ponen de relieve que los CFE compiten en alguna medida en la prestación de servicios de asesoría con los gestores, servicios que están retribuidos con los 20 euros de diferencia. Contrasta esta situación con el hecho de que algunos de los PAIT españoles más activos se quejen de que les llegan numerosos usuarios remitidos por otros PAIT menos activos. La causa reside probablemente en que la política de precios nulos que practican no remunera de forma adecuada la prestación de servicios a los usuarios.

que estén abiertas las oficinas públicas en régimen presencial. En este sentido, puede ser más eficiente que los servicios centrales tipo CIRCE cobren por sus servicios, del mismo modo que también lo es el que, en general, cobren tasas por sus servicios las demás oficinas públicas, salvo en presencia de efectos externos o bienes públicos. En nuestro caso, eso permitiría mejorar los incentivos del propio centro, motivándole a prestar servicios valiosos.

9. *Dirección del sistema.* Si un sistema de formalización se diseña *ex novo* contando con la colaboración de los agentes privados o bien, como sucedió en España, se desea contar con esos agentes para aumentar su utilización convendrá que esos agentes puedan influir y supervisar la toma de decisiones. Además, en un caso de incorporación en marcha como el español³⁹, este cambio en los órganos de gobierno debería ir en paralelo con un cambio profundo en la filosofía directiva. Lejos de patronear la red de servidores periféricos e incluso prestarles servicios de formación, lo que se requiere es que el centro se ocupe de prestar servicios telemáticos plenamente fiables. En vez de enseñar a la periferia, el centro ha de aprender de la periferia. En vez de contemplar a los servidores periféricos como franquiciados ha de verlos como clientes. Complementariamente, será preciso adaptar en la misma línea los incentivos del operador central.
10. *Ventanillas únicas para la salida de información.* Conviene apuntar, por último, que existe también la posibilidad de que la Administración Pública colabore con los agentes privados en el suministro a los usuarios de la información contenida en los registros públicos. En este caso, los agentes privados más activos suelen ser las empresas dedicadas a informar y asegurar el crédito comercial. Las de información de riesgos aglutinan datos útiles para evaluar el riesgo crediticio de las empresas y la transmiten a sus clientes

³⁹ Tras constatar durante cuatro años el fracaso de la principal iniciativa de formalización telemática puesta en marcha en España para las SLNE, sus responsables han promovido desde 2007 diversos retoques con el fin de aumentar su atractivo para los proveedores de servicios de formalización. Dichos retoques han demostrado ser notablemente insuficientes.

para que éstos concedan o no crédito a un tercero. La mayor parte de esta información procede de todo tipo de registros públicos, tanto mercantiles (cuentas sociales, datos jurídicos de toda índole, como por ejemplo el nombramiento de administradores), como crediticios (en especial, datos sobre impagos), judiciales (litigios de todo tipo) y administrativos (pagos de impuestos). Por otra parte, las empresas de aseguramiento de crédito propiamente dicho proporcionan un seguro contra el riesgo de insolvencia, que cubre generalmente todo el crédito comercial proporcionado dentro de ciertos límites por la empresa asegurada.

Existe una complementariedad notable entre estos proveedores de servicios y los registros públicos: las empresas suministradoras de información efectúan una labor más o menos intensa según cuál sea el contenido y la accesibilidad de la información registral. Sucede a menudo que la información registral se encuentra dispersa en varios registros, no siempre informatizados o cuyo acceso no siempre es posible por vías telemáticas. Los proveedores privados de información se adaptan a esa situación. En algunos casos, desarrollan bases de datos propias que integran la información de varios registros y en la que pueden incluir también información de otras fuentes. Por ejemplo, enlaces a artículos de prensa sobre las empresas. En otros casos, proporcionan canales de acceso a la información registral. Sucede así, por ejemplo, con la información sobre los registros de la propiedad inmobiliaria. En cualquier caso, proveen a sus clientes un cauce unificado para las solicitudes de información que sus clientes efectúan de diversos registros: una auténtica «ventanilla única» para tramitar, no las entradas, sino las salidas de información de los registros públicos. Si bien, como decimos, son aplicables buena parte de las consideraciones anteriores, presentan también diferencias notables. En particular, en la entrada de datos hay un elemento de voluntariedad que está ausente en su salida, lo cual plantea nuevos problemas, por ejemplo, cuando se desea salvaguardar la privacidad de los datos.