

# Formalización empresarial y costes de transacción

**Benito Arruñada**

*Catedrático de Organización de Empresas. Universidad Pompeu Fabra de Barcelona  
Presidente de la International Society for New Institutional Economics*

## Introducción y resumen

Tanto los Gobiernos como las organizaciones internacionales de ayuda al desarrollo vienen dedicando en los últimos años gran cantidad de recursos a “simplificar” los trámites para crear y formalizar empresas. Muchas de estas actuaciones se centran ingenuamente en reducir los costes de tramitar la formalización de la empresa, con lo que marginan algo mucho más importante: la necesidad de que los órganos formalizadores proporcionen información fiable a los jueces, las Administraciones Públicas y, sobre todo, a las demás empresas. Esta fiabilidad informativa es condición necesaria para reducir los costes de transacción de las propias empresas en sus relaciones futuras con todo tipo de agentes económicos, tanto públicos como privados, y tiene por ello una importancia que es varios órdenes de magnitud superior a la del mero coste inicial de la formalización. Como consecuencia, debemos replantearnos radicalmente las prioridades de las políticas de reforma en este terreno, enfatizando el valor de las instituciones jurídicas en vez de trivializarlas, como hacen implícitamente aquellas reformas que acometen una mera reingeniería de sus procesos administrativos.

## La naturaleza de la formalización empresarial

### Tipos y funciones de los registros de empresas

En todas las economías modernas se exige a las empresas que formalicen su estatus registrándose en una o varias oficinas públicas. Los tipos y efectos de estos registros tienen en común el que facilitan la relación de la empresa con otros agentes económicos, tanto privados como públicos. Privados, porque los registros mercantiles facilitan sobre todo la contratación privada, especialmente en el caso de las sociedades. Públicos, porque los registros administrativos facilitan la actuación de los poderes públicos sobre la empresa.

Por un lado, los registros mercantiles facilitan la existencia y actividad contractual de las sociedades al permitir a los demás contratantes conocer la naturaleza de la sociedad (por ejemplo, si la responsabilidad de la misma es limitada) y saber quiénes son sus representantes personales. También aseguran buen número de las salvaguardias generales que la sociedad ofrece a sus contratantes potenciales, como, por ejemplo, el capital social, el historial contable reflejado en las cuentas anuales, o la estructura de gobierno societario. Por último, facilitan el ordenamiento de las prioridades de los diversos acreedores en el acceso a los activos de la sociedad (véase Hansmann y Kraakman [2000]).

Por otro lado, los registros administrativos identifican a los empresarios, sus actividades e instalaciones de cara a sus relaciones con las Administraciones Públicas, de modo que éstas puedan hacerles cumplir sus obligaciones legales. Estas obligaciones son primordialmente de índole fiscal, pero incluyen también deberes asociados a todo tipo de efectos externos (como sucede en materias de urbanismo, seguridad e higiene y mercados financieros) o a otros argumentos de regulación económica (muy socorridos en las últimas décadas, por ejemplo, en el ámbito del Derecho Laboral y de la Seguridad Social).

### Beneficios y costes de la formalización para las empresas

Como consecuencia de esta multiplicidad de funciones y, en especial, debido a la dimensión pública de los registros, la formalización no sólo genera beneficios sino también costes sustanciales para la empresa. El principal beneficio consiste en facilitar la futura contratación de la empresa, sobre todo si ésta adopta la forma de una sociedad mercantil, al reducir las asimetrías informativas y, por tanto, sus costes de transacción. Por ejemplo, con la formalización es más fácil identificar con seguridad quiénes son sus representantes legales.

Pero la formalización comporta también toda una serie de costes explícitos e implícitos. Por un lado, en cuanto a los

costes explícitos, la empresa incurre en diversos gastos para tramitar el procedimiento administrativo, pues, según los casos, ha de contratar los servicios de abogados, notarios y gestores, amén de abonar las tasas registrales. Asimismo, la formalización es costosa porque suele ir acompañada del pago de algún impuesto y, si origina o requiere la inscripción en un registro fiscal, conduce a pagar impuestos adicionales en el futuro. Por último, en la medida en que facilita la supervisión regulatoria, la formalización conduce a que la empresa haya de cumplir en mayor medida sus obligaciones legales en el futuro.

Por otro lado, en cuanto a los costes implícitos, cuando al correspondiente registro se le atribuye la función de hacer cumplir normas imperativas, la formalización también origina un coste para las empresas, asociado al cumplimiento de dichas normas. Asimismo, todo el proceso comporta tiempos de espera y demoras. Por último, la complejidad del proceso de formalización puede provocar costes notables de información.

### El control de la información empresarial

#### a) Necesidad de control

La presencia de estos costes hace que el funcionamiento eficaz de todo tipo de registro en el que se formalice la actividad empresarial exija controlar tanto la inscripción como el contenido del registro, asegurando que se inscriban todos los que deben hacerlo y que la información inscrita sea fiable. Por un lado, la inscripción ha de controlarse para asegurar que todas las empresas obligadas a inscribirse se inscriban realmente. Por otro lado, tanto para fines públicos como privados, ha de controlarse también en alguna medida la información que el empresario proporciona al registro, para que éste pueda cumplir las funciones que tenga asignadas.

La necesidad de control para que el registro cumpla sus fines públicos es obvia, por serlo también el interés del contribuyente en reducir su carga fiscal. Por ejemplo, si la creación de una sociedad ha de pagar un cierto impuesto sobre el capital, es preciso controlar que éste se abone a la Hacienda Pública en la cuantía legalmente estipulada. El control necesario es incluso más amplio cuando la función asignada al registro es la de hacer cumplir normas imperativas.

La necesidad de control para fines privados es igual de importante, pero menos obvia. En principio, podría pensarse que el empresario ya tiene interés en aportar la información que sea útil a sus futuros contratantes. Sin embargo, existen varias razones para imponer un control,

tanto mayor cuanto mayores sean los efectos que se deseen conseguir con el registro. Incluso si sólo se busca reducir los costes de transacción privados, suele ser necesario un mínimo control formal de las entradas, que haga factible indiciar y estandarizar la información registral para así facilitar su explotación.

#### b) Tipos de control: control *ex ante* y control *ex post*

En principio, el control de todas estas cuestiones, tanto privadas como públicas, puede realizarse antes o después de que la sociedad se constituya o la empresa inicie su actividad, o bien, si se trata de actos posteriores a la creación de la empresa, antes o después del propio acto jurídico que se registra. Por ejemplo, se puede establecer que el pago de un impuesto asociado a las operaciones societarias sea un requisito previo a la inscripción de una sociedad mercantil, o bien que la obligación aparezca una vez que está inscrita la empresa. Del mismo modo, la legalidad de una modificación estatutaria puede controlarse cuando se registra, de modo que sólo se inscriban modificaciones legalmente válidas, o bien posponerse para su control judicial en una posible litigación posterior. Designaré ambas posibilidades como control *ex ante* y control *ex post*, respectivamente: cuando el registro controla antes de inscribir o bien el control se efectúa posteriormente con alguna probabilidad positiva.

Entre estas dos soluciones extremas, consistentes en el control registral *ex ante* y el control *ex post* (generalmente de tipo judicial o administrativo) se sitúan además dos variantes intermedias de creciente importancia, en las que el registro no controla, sino que notifica a los agentes interesados (privados o, más generalmente, públicos). Caben aquí otras dos opciones según el registro notifique la intención de inscribir o bien la propia inscripción:

Por un lado, si el registro notifica la voluntad de las partes de inscribir un acto jurídico (por ejemplo, la constitución de una sociedad) y espera por el consentimiento de dichos agentes (por ejemplo, el de la Hacienda Pública, como titular de un impuesto que grave dichas constituciones), se trata de un control *ex ante* descentralizado, en el que la función del registro se reduce a avisar a los titulares de algún tipo de derecho sobre el acto que se pretende registrar (cabe disponer, a su vez, que esos agentes interesados puedan expresar el consentimiento tanto de forma activa como pasiva, por silencio administrativo).

En cambio, si el registro no se detiene ni espera, sino que inscribe antes o a la vez que notifica la inscripción, el con-

trol será necesariamente un control *ex post*, aunque basado en la información registral. En el caso de una constitución, la sociedad ya será operativa cuando ese control tenga, eventualmente, lugar. En el ejemplo anterior, cuando, al constatar que la sociedad no ha pagado el impuesto, Hacienda le exige que lo pague.

### c) Efectos registrales y grado de control

Como consecuencia de lo anterior, aparece una pauta organizativa básica: a mayores efectos jurídicos del registro, mayor será la necesidad de establecer controles *ex ante* y de que el control registral sea más extenso.

Principalmente, si el registro produce pruebas preconstituidas para el sistema judicial (esto es, documentos cuya validez los jueces consideran probada), ha de controlarse con mayor rigor la veracidad de la información que entra en el registro: la calidad de los efectos depende de la calidad de los insumos, y ésta del control que se efectúe sobre ellos.

Ha de controlarse más, asimismo, si la inscripción registral altera la naturaleza o efectos jurídicos de las transacciones, como sucede hoy, en lo que constituye un paradigma de este asunto, respecto a las sociedades mercantiles. Por ejemplo, la constitución de la sociedad puede modificar la prelación de acreedores, tanto entre acreedores civiles y mercantiles como entre los acreedores de los socios y los de la sociedad. Asimismo, el registro de los poderes de representación puede modificar la eficacia de los contratos que suscriba la sociedad.

La correspondencia entre controles y efectos es observable en sus dos extremos: al control mínimo que tiene como objeto establecer la fecha de inscripción y comprobar la mera corrección formal de los documentos (referida a que éstos contienen la información relevante para identificar y localizar el documento en el archivo, y a que incorporan los datos que la Ley exige, aunque sin entrar a verificar si los datos son ciertos), corresponde como producto registral el suministro de una información heterogénea, aunque útil para los usuarios.

En el extremo opuesto, el control *ex ante*, ya no de la forma o fecha, sino del contenido de los documentos registrados, sólo tiene sentido cuando se desea que el propio registro controle la legalidad a priori, sin esperar a una eventual sentencia judicial. Existe gran variedad en cuanto al contenido de este control *ex ante* de la legalidad. Por ejemplo, en los Estados Unidos suele referirse tan sólo a la denominación social, y en muchos países (como los es-

candinavos) ni siquiera ésta se controla, sino que el registro se limita a informar sobre las denominaciones ya registradas y es posible registrar una denominación idéntica a una ya registrada con anterioridad. El conflicto se resolverá, en su caso, por la vía judicial. Por el contrario, en otros países europeos el control *ex ante* se extiende al respeto que los estatutos y acuerdos sociales deben guardar a la legislación societaria en cuanto ésta tiene de contenido imperativo. Quizá el único elemento común en este terreno es el control de la coherencia entre antecedentes y consecuentes de las diversas inscripciones de cada sociedad (principio de “tracto sucesivo”). También es frecuente que el registro o en algunos países, como el Reino Unido, los jueces, mediante un procedimiento especial, controlen la legalidad de aquellas transacciones que supongan modificaciones estructurales de especial envergadura, como son las fusiones y escisiones, así como los aumentos y reducciones del capital social.

Cabe señalar, en conclusión, que siempre es necesario controlar las entradas y el contenido de los registros de empresas porque la inscripción registral no sólo produce beneficios sino también costes al sujeto registral. Además, el control registral es tanto más extenso cuanto mayores sean los efectos jurídicos atribuidos al registro. Y estos efectos encierran costes y beneficios no sólo en el momento de la inscripción, sino más adelante, en el terreno judicial.

## La necesidad de manejar una perspectiva empresarial

Al considerar la multiplicidad de usuarios y servicios que prestan los registros públicos, el análisis precedente aconseja evitar en este campo la tentación de acometer reformas parciales, que, si bien pueden mejorar la prestación de unos servicios o reducir los costes explícitos (tasas, tiempos), lo consiguen a costa de reducir el control y, como consecuencia, los efectos jurídicos del registro.

### Tipos de registros y naturaleza de sus servicios

Especialmente, ha de evitarse contemplar la reforma sólo desde el punto de vista empresarial, considerando que empresas y empresarios son los usuarios por excelencia, si no únicos, de los registros. Esta perspectiva encaja 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 ser-

vicio a los ciudadanos. Sin embargo, esta visión es incompleta, pues también son “usuarios” de los registros, según los casos, otras empresas, las Administraciones Públicas y, en especial, el sistema judicial. También puede originar distorsiones cuando, para reducir los tiempos y costes en que incurre la empresa para registrarse se diluye el control y, como consecuencia, los efectos jurídicos de los registros (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). Por todos estos motivos, el valor de semejante reforma sería limitado o incluso negativo, por mucho que redujera los costes explícitos para la empresa.

En esta materia, los dos tipos de registros, administrativos y mercantiles, plantean dificultades diferentes. Por un lado, los registros administrativos, como son los fiscales y los relativos a la Seguridad Social y a los municipios, plantean un problema relativamente simple. En especial, el riesgo de dilución ineficiente del control está contenido casi de forma automática, por ser la Administración quien sufriría enseguida y de forma directa sus consecuencias, máxime si la reforma se inicia o desarrolla desde departamentos ligados al área económica de la correspondiente Administración.

Por otro lado, los registros mercantiles, cuya función original residía en facilitar la contratación privada y la actuación judicial presentan una complejidad añadida: sus productos son *inputs* del sistema judicial, por lo que valen tanto en cuanto los jueces les den eficacia, y, cuando los jueces sí les dan valor, son también *inputs* esenciales de la contratación privada. Es éste el caso, en especial, de los registros mercantiles, cuya función básica es producir pruebas preconstituídas. 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 el juez, llegado el caso, sentencie al respecto. Si, por el motivo que sea (por ejemplo, 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. Primero, desde un punto de vista económico, la utilidad de los productos registrales para las empresas depende de cuál sea el valor que le otorgan los jueces. El motivo es que la contratación privada se basará en la información registral si y sólo si és-

ta tiene valor en un eventual litigio. De lo contrario, los empresarios contratantes atenderán a los otros elementos que los jueces consideren probatorios. Por este motivo, sería erróneo pensar que una mayor consideración de los elementos jurídicos y, en especial, judiciales, alejaría las reformas que intentan simplificar la formalización empresarial del interés de los empresarios. Todo lo contrario: dicha consideración de elementos jurídico-judiciales es imprescindible para que las reformas sean realmente útiles para la empresa, y no se limiten a reducir sus costes de tramitación.

En segundo lugar, por otro lado, en los registros mercantiles el riesgo de dilución ineficiente del control es alto por dos tipos de 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 de las reformas, a menudo en manos de los ministerios económicos.

### Consecuencias para la estrategia de reforma: Contenido y usuarios

Existe cierta tendencia a que las reformas en este terreno se centren en dimensiones cuantitativas (rapidez, coste explícito) relacionadas con la satisfacción de los usuarios, entendiendo como tales sólo a las empresas y en menor medida a las Administraciones Públicas, en detrimento de las funciones del registro mercantil, cuyos “usuarios” son también el sistema judicial y, como consecuencia, quienes contratan con las empresas registradas.

Este sesgo obedece a diversos motivos, desde la importación confusa de ideas empresariales en 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 la simplificación de trámites de formalización 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 contractuales.

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 un punto de vista ingenuamente empresarial, sin percatarse de que las principales ganancias que puede proporcionar *incluso a las empresas* una reforma en este terreno residen más bien en contar con un re-

gistro mercantil de calidad, 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— lejos de ser incompatibles, son complementarios. Por ejemplo, si se mejoran los incentivos del registro se puede acelerar 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 son muy elevados, la utilidad de aumentar la calidad del registro mercantil es mucho menor, además de que al hacerlo se transferiría aún más riqueza a los monopolios y rentistas que, habitualmente, son origen de esos elevados costes. Asimismo, si la información del registro mercantil no es fiable, reducir los costes de tramitación sería una victoria pírrica: se habrá incurrido en un gran esfuerzo para acelerar la producción de información inútil. Lo que se requiere es combinar ambos objetivos, y una primera condición necesaria es la de atender a la naturaleza esencialmente mercantil, y no sólo administrativa, del proceso de formalización.

El argumento es también aplicable a usuarios no empresariales, pues aumentar la calidad del registro, especialmente su capacidad de control, es esencial para que la simplificación administrativa sea viable y sostenible. De no hacerlo así, un elemento central de la simplificación —el que la inscripción mercantil dé lugar a una inscripción automática en los registros fiscales— suele ser inviable o, lo que aún es peor: si llega a ponerse en pie, enseguida se cae. Es inviable si la Hacienda Pública tiene el poder suficiente para impedir semejante aventura. Es insostenible y se cae 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.

Ciertamente, una simplificación de trámites *puede* ser útil aunque no mejore el registro mercantil o, lo que es lo mismo, la calidad jurídica de sus productos; lo mismo 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, esa utilidad se mueve en un

orden de magnitud muy inferior al deseable. Bien entendido, asimismo, que tales reformas *pueden* también comportar una utilidad negativa si reducen 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 necesariamente tener en cuenta el coste social que comportan estas reducciones, y que pueden pronto motivar que se reintroduzcan los antiguos trámites y controles suprimidos o modificados.

### Consecuencias para la organización y evaluación de las reformas

Esta perspectiva encierra, como corolario, la necesidad de tener en cuenta a todos los usuarios en el gobierno de las reformas de simplificación administrativa. Es recomendable, por ello, que los órganos encargados de elegir la estrategia y supervisar la ejecución de dichas reformas cuenten 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).

Asimismo, es esencial que en el diseño de los mecanismos de evaluación y seguimiento no se maneje un punto de vista ingenuo y falsamente empresarial, que está sujeto a importantes asimetrías informativas. Entre estas asimetrías, por ejemplo, el entender 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; 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 puede imaginarse lo útil que sería *para su propia empresa* el poder contar con un registro mercantil eficaz, con el enorme ahorro de costes de transacción que dicha eficacia le proporcionaría. Del mismo modo, puede no resultar fácil al empresario entender que, si el registro mercantil ejerce un control fiscal eficaz, ello facilita su actividad empresarial. Sin embargo, ésa puede ser la realidad cuando dicho control evita que se dupliquen trámites, como sucede 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.

## Conclusiones

Las políticas de simplificación no deben contentarse con reducir los costes de tramitar la formalización, sino que deben aumentar el valor de la información registral para sus usuarios privados y públicos. Por un lado, al aumentar el valor que otorgan los jueces a la información registral, dicha información será más útil para la contratación empresarial. Asimismo, por otro lado, 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 en una “ventanilla única” eficaz y viable a largo plazo.

Para ello, la simplificación administrativa de los procesos de formalización 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. La consideración del sistema judicial como usuario permitirá poner de relieve el principal valor que una formalización eficaz proporciona a la empresa: el de reducir los costes de transacción de sus futuras relaciones económicas, al eliminar parte de las asimetrías informativas que confrontan quienes contratan e interactúan con la empresa. La consideración de las Administraciones Públicas facilitará también una simplificación sostenible de los registros públicos, que evite las actuales duplicidades entre registros mercantiles y administrativos.

En la misma línea, la evaluación de las reformas acometidas en este campo debe tener en cuenta la valoración del registro por parte de los jueces y los usuarios administrativos. También debe manejar con extremo cuidado las valoraciones positivas que puedan efectuar los empresarios acerca de la mayor rapidez o funcionamiento de los sistemas formalizadores, pues estas valoraciones empresariales suelen basarse en una visión parcial del fenómeno, parcialidad que margina los efectos de las reformas sobre la eficacia del control registral y, por tanto, en última instancia, los costes de transacción de las empresas.

En resumen, lo prioritario no es reducir el coste de formalizar la empresa, coste que, al fin y al cabo, el empresario incurre una sola vez, sino reducir los *costes de transacción de todas sus relaciones jurídicas*, los cuales son recurrentes y mucho más cuantiosos. Para conseguirlo, hace falta potenciar el valor de la formalización. No basta con una mera reingeniería de trámites.

## Orientación bibliográfica

Arruñada, B. (2003): “Property Enforcement as Organized Consent”, en *Journal of Law, Economics & Organization*, 19 (2), págs. 401-444.

Hansmann, H. y R. Kraakman (2000): “The Essential Role of Organizational Law”, en *Yale Law Journal*, 110 (3), págs. 387-440.