

## **EL KIT DEL EMPRENDEDOR ASPECTOS JURIDICOS**

César Zarate, abogado de Gabinete Jurídico XXI  
czarate@gabinetexxi.com

No hace mucho tiempo un cliente, emprendedor de los buenos, nos preguntó de forma muy original por el coste que le iban a suponer nuestros servicios. La pregunta, en concreto fue: ¿Cuánto cuesta el "kit del emprendedor"?

Al principio la pregunta simplemente nos pareció graciosa, pero luego nos dimos cuenta de que desde el punto de vista del cliente emprendedor, era muy razonable.

¿Existe un "kit del emprendedor"?

Tras una cierta reflexión por nuestra parte llegamos a las siguientes conclusiones:

- a) Efectivamente cabe hablar de determinados documentos que se repiten en todas las start up.
- b) No es cierto que sean documentos estándar, intercambiables de unos proyectos a otros, pero sí es cierto que los esquemas son similares.

La reflexión nos llevó a elaborar un esquema de estos documentos, con el objetivo de ayudar a los clientes a conocer de forma algo más sistematizada sus necesidades jurídicas.

Además, esa sistematización ayuda a no cometer errores jurídicos que, si no son corregidos desde el principio, pueden dificultar posteriormente el desarrollo del proyecto. Muchas veces el emprendedor limita sus "necesidades documentales" al Plan de Negocios. Y éste, con ser sin duda el más importante, no es el único documento del que se tiene que ocupar y preocupar el emprendedor.

De forma muy sintética, desde el momento en que un emprendedor, normalmente con uno o varios socios, decide empezar a aventura por su cuenta y hasta la entrada de una ronda de financiación de capital riesgo, los documentos suelen ser los siguientes:

### **FASE I**

- Constitución de la sociedad
- Encuadramiento del emprendedor en SS
- Pacto de Socios entre los propios emprendedores.
- Cesión de PI
- Contratos laborales

### **FASE II**

- Primera ronda de financiación: Ampliación capital F&F y/o BA, modificaciones
- Pacto de socios con inversores
- Plan de Incentivos trabajadores

Revisaremos estas dos fases en los siguientes párrafos.

## **FASE I**

### **1.1. La constitución de la sociedad**

Hay determinados elementos de la sociedad cuyo significado es poco determinante. Elementos tales como la denominación social o el domicilio son secundarios. Pero hay algunos elementos que sí son importantes, y sobre los cuales el emprendedor debe empezar a tomar decisiones:

a) La forma societaria. Sin lugar a dudas la sociedad de responsabilidad limitada es la forma societaria por excelencia para este tipo de proyectos, salvo que poderosas razones apoyen la constitución de una sociedad anónima.

b) El capital social es otro elemento más importante de lo que a simple vista parece. La mayor parte de las veces el emprendedor se da por satisfecho con la aportación del mínimo legal (3.000 euros en el caso de la limitada) sin atender a otros elementos. Sin embargo, en la mayoría de las veces es mucho mayor el capital que los emprendedores deben acabar aportando al proyecto, directa o indirectamente. Pues bien, si finalmente el proyecto, antes de acudir a financiación ajena, exige aportaciones que van más allá del capital mínimo, lo lógico es aportarlo y escriturarlo. Se evitan así problemas de préstamos, intereses, retenciones, etc. amén de facilitar acceso a nueva financiación desde el momento en que un posible inversor comprueba que el emprendedor tiene fe en su proyecto, aportando a él cifras elevadas, y además el balance de la sociedad aparece más saneado.

c) El órgano de administración. Este es posiblemente un elemento cambiante en función del número de socios que inicien la aventura. Como concepto básico, es conveniente que todos los socios, salvo los muy minoritarios, formen parte del órgano de administración, estando presentes en la toma de decisiones importantes, y asumiendo la responsabilidad que esa presencia en el órgano de administración conlleva.

d) El último tema relevante son las limitaciones a la libre transmisibilidad. Es cierto que es un tema de importancia crucial, pero no es menos cierto que la entrada de inversores variará necesariamente esta cláusula, por lo que nuestra recomendación es casi siempre aceptar la regulación que la Ley señala por defecto.

Finalmente, y aunque pueda parecer extraño, no damos excesiva importancia a las mayorías necesarias para conformar la voluntad social. En la mayor parte de las veces los mínimos señalados por la Ley son suficientes para garantizar que las decisiones son tomadas por quienes tienen capital suficiente para ello. Solamente en estructuras de capital muy especiales (dinero puesto mayoritariamente por la familia de solo uno de los emprendedores, por ejemplo) nos planteamos la existencia de derechos de veto para la toma de decisiones que no suelen ser muy habituales en esta fase de la vida de la sociedad.

### **1.2. El encuadramiento del emprendedor en la SS**

Es un elemento que suele pasar desapercibido al inicio de la constitución de la sociedad. Y sin embargo, tiene importancia. Siempre ha sido un tema controvertido el encuadramiento en la seguridad social y el tipo de contrato (laboral o mercantil, de alta dirección o no) que un miembro del órgano de administración y propietario, debe tener. De forma muy genérica podemos afirmar que con más de un 25% en el capital social, y formando parte del órgano de administración, lo normal es que el emprendedor deba darse de alta como autónomo, teniendo una relación mercantil, y no laboral, con la empresa. Ello no obstante, de nuevo aquí será necesario revisar caso por caso la

situación. Recordemos que errores de encuadramiento pueden conllevar sanciones y recargos que es conveniente evitar en esos momentos en que hasta el último euro debe ser dedicado al desarrollo del proyecto.

### **1.3. Pacto de Socios entre los propios emprendedores**

Este es un documento cuya utilidad es siempre relativa. Es cierto que el emprendedor no suele venir solo. Suelen ser dos o más socios quienes desean desarrollar el proyecto conjuntamente. Y se plantea muchas veces la conveniencia de regular entre ellos los elementos básicos: aportaciones, dedicaciones, competencia, exclusividad, etc.

Sin embargo, en cuanto llegue la primera financiación externa, incluso de F&F, se planteará la necesidad de firmar un nuevo pacto de socios, Y entonces la disyuntiva será si mantener o no el primitivo. La mayor parte de las veces decaerá el primitivo, puesto que los temas básicos ya estarán regulados en el nuevo Pacto de Socios, y será de aplicación preferente sobre el antiguo.

Desde esta óptica, en general desaconsejamos que los socios firmen, desde el principio un Pacto de Socios, si bien de nuevo aquí, como en todas las cosas del mundo del Derecho, será la realidad quien aconseje, en última instancia, optar por una u otra alternativa.

### **1.4. Cesión de PI**

Este es un elemento determinante, y muchas veces olvidado. Las start ups de base tecnológica siempre se asientan sobre elementos de propiedad intelectual, en su sentido amplio, esto es, propiedad industrial o propiedad intelectual.

Uno de los primeros elementos que hay que clarificar y "legalizar" es precisamente la propiedad intelectual. Por un lado, analizar la titularidad de la misma. Por otro lado, asignarla de la forma más eficiente a la sociedad que va a desarrollar el proyecto, Por último, diseñar los elementos necesarios para que el resto de propiedad intelectual que se genere durante el proceso sea propiedad indiscutible de la sociedad.

Esta aportación primitiva se puede hacer bien en la constitución de la sociedad, bien en contrato aparte, o bien en el pacto de socios. Pero es un elemento esencial.

### **1.5. Contratos laborales**

La relevancia que, para una startup tecnológica, tienen los contratos laborales que se firmen con los trabajadores, es que desde el primer momento deben incluirse tres cláusulas específicas:

- a) La cesión a favor de la empresa de toda la propiedad intelectual, en su sentido amplio, que se genere mientras dura la relación laboral.
- b) Una cláusula de no competencia debidamente redactada, que en la medida de lo posible dificulte que un trabajador enfadado, pueda dañar el proyecto.
- c) Una cláusula de confidencialidad que cierre las puertas a la revelación de secretos.

Además, en la mayoría de los casos será conveniente incluir una cláusula de exclusividad, que limite la actividad del trabajador fuera de la empresa.

Es cierto que tanto la cesión de derechos de propiedad intelectual como la confidencialidad se derivan del propio contrato de trabajo, pero una regulación específica sobre estas materias, reforzando los intereses empresariales, es imprescindible.

## **FASE II**

### **2.1. Primera ronda de financiación**

Las necesidades financieras son consustanciales a todo proyecto empresarial, y todavía más para las jóvenes empresas creadas por emprendedores. La primera ronda de financiación, la entendemos como aquella en la que el financiador empieza a pedir un tratamiento “profesional” o “especializado” del dinero que aporta.

No le vale con presta el dinero al amigo, y al proyecto. Necesita ver que su aportación está convenientemente regulada, y recogida en documentos notariales que garantizan su derecho a la recuperación y participación en las ganancias.

La labor del asesor jurídico en esta fase, previa al pacto de Socios del que luego hablamos, es básicamente poner encima de la mesa al inversor las herramientas jurídicas que posibiliten la aportación.

Elementos tales como el contrato de cuentas en participación, el préstamo (participativo o no), o la pura ampliación de capital son algunos de los vehículos que pueden ser usados para regular esta aportación de fondos.

Y, además, cabe que la aportación se efectúe con prima, o sin ella, con una revisión del valor a posteriori, o sin ella, con derechos básicos de socio o sin ellos. Es decir, que además del vehículo, es necesario afinar en la regulación concreta que se le dará a ese vehículo.

En estos momentos de la vida del proyecto, la aportación que puede efectuar un profesional del derecho en forma de conceptos y soluciones concretas puede ser determinante, pues facilita la toma de decisiones del emprendedor, acercando posturas con este primer inversor.

### **2.2. Pacto de Socios**

No es este el artículo donde extenderse sobre un tema tan complejo como el Pacto de Socios que, necesariamente, los inversores exigirán del emprendedor.

Sí es bueno, en todo caso, que el emprendedor esté preparado sobre cuáles van a ser las exigencias “tipo” que un inversor suele plantear: control de gestión, minorías de bloqueo de decisiones, exigencia de continuidad y exclusividad al emprendedor, derecho de arrastre en caso de voluntad de venta, etc.

No es habitual que estos temas se planteen en la primera llegada de dinero la de los amigos y familia, pero sí en cuanto el dinero que llega es más profesional.

Y no pensemos que la negociación de un Pacto de Socios tiene poca relevancia porque, antes o después, llegarán otros inversores que impondrán su propio pacto. Esto no es habitual y sí mucho más habitual que se parte del Pacto existente para incorporar a nuevos inversores. De ahí la relevancia que tiene este primer Pacto de Socios con inversores.

### **2.3. Plan de Incentivos de los trabajadores**

En toda startup el modelo de remuneración de los empleados se plantea casi desde el principio. El objetivo es que los profesionales clave se impliquen en el proyecto, y lo hagan de tal manera que la generación de valor sea rápida, objetivo inexcusable en toda empresa que se inicia.

Además se concitan dos elementos adicionales que hacen que esta remuneración sea más compleja que la de un empleado en una compañía más consolidada:

- a) Por un lado, que la sociedad no suele tener disponibilidades suficientes como para remunerar a precios de mercado a grandes profesionales, con capacitaciones profesionales muy elevadas, que son los que verdaderamente se necesitan en este tipo de empresas.
- b) Por otro, que ante la eventualidad de que el emprendedor persiga una venta más o menos rápida, el trabajador debe tener expectativas de participar él también en los altos retornos esperados.

La fórmula más usada habitualmente ha sido en España la de las opciones sobre acciones o participaciones. Asociar el trabajo a la obtención de unas stock options que permitan al trabajador recibir una remuneración extra, ligada al incremento de valor que él ha ayudado a generar es un medio sencillo y eficaz.

Ello no obstante, el tratamiento fiscal en España de las stock options es poco atractivo, pues está más pensado para remuneraciones habituales en grandes empresas que para startups. Además, cabe entender que los titulares de stock options tienen ciertos derechos societarios para el caso de fusiones, escisiones y otras figuras corporativas que se concilia mal con el deseo, del emprendedor y los inversores, de disponer de una amplia capacidad decisoria sobre este tipo de cuestiones.

La alternativa más razonable a estas dificultades es cambiar completamente el esquema, y acudir a la creación de unos “títulos” que solamente generen un derecho de los trabajadores clave a percibir una remuneración en el caso de que la sociedad sea vendida, fusionada o llevada a bolsa, etc. es decir, en los casos en que los accionistas de la sociedad reciban un retorno por su inversión. No serían stock options, no darían derecho a recibir acciones, sino a participar en el precio de venta de la sociedad.

Las ventajas de este planteamiento son muchas:

- a) Desde el punto de vista fiscal, los rendimientos que reciban los profesionales derivados de estos “derechos” podrán ser tratados como rentas irregulares, con una muy probable bonificación en el caso de que se cumplan algunos otros requisitos que señalan las leyes.
- b) Para el emprendedor supone que los trabajadores no limitarán o interferirán en las decisiones societarias, y muy especialmente no se tendrá que contar con ellos en las decisiones sobre la venta de la sociedad.

Finalmente, y si así se recoge en la documentación societaria en que se creen estos “títulos” o “derechos”, se puede retrasar el derecho de cobro de los profesionales durante un plazo a partir del momento en que suceda el evento que da derecho al cobro. De esta forma, el comprador de la sociedad se “garantiza” que los trabajadores más importantes seguirán en la empresa al menos durante un plazo tras la venta.

Hasta aquí el que hemos denominado “kit del emprendedor”. Sí es muy importante aclarar que los documentos nunca son estándar, que cada proyecto es especial y, por lo tanto, necesita sus documentos especiales. Pero, sin embargo, los rasgos básicos son todos muy parecidos. Confíanos que tras la lectura de este breve artículo al menos algún emprendedor quede mejor preparado para la siempre dura tarea de enfrentarse con sus propios abogados.