

Bárbara Pitarque Villaescusa

Economista. Vocal del Consejo Asesor del REFOR

La segunda oportunidad para los emprendedores. Referencia a las *startups*.

Lejos ha quedado lo que iba a ser un alivio para las pymes y autónomos, ya que ha terminado por convertirse en una medida inacabada que beneficia más al ciudadano que al emprendedor. Se suponía que la Ley de Segunda Oportunidad para Emprendedores nacía para atajar el problema que existe en España de no estigmatizar el fracaso y dotar a todo el mundo de una segunda oportunidad, pero se ha quedado a medias.

Concepto de Emprendedor. La Segunda Oportunidad del Empresario. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

La larga crisis económica que se dio entre el 2008 y 2012 destruyó casi 1,9 millones de empresas en España, más del 99,5% de ellas con menos de 20 asalariados, frente a la creación de 1,7 millones de empresas. Esta situación justificó la necesidad de emprender reformas favorables al crecimiento y a la reactivación económica. Así nació la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ya que era necesario un cambio de mentalidad en el que la sociedad valorase más la actividad emprendedora y la asunción de riesgos, cuyo objeto era apoyar al emprendedor y la actividad empresarial, favorecer su desarrollo, crecimiento e internacionalización y fomentar la cultura emprendedora y un entorno favorable a la actividad económica, tanto en los momentos iniciales a comenzar la actividad, como en su posterior desarrollo, crecimiento e internacionalización.

Vayamos en primer lugar a la definición de Emprendedor, y para esto nos remitimos a lo

que viene establecido en el artículo 3 de la Ley 14/2013, en el que "*se considera emprendedores aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley*". Con esta ley se ha pretendido impulsar una serie de medidas en diversos ámbitos para incentivar la cultura emprendedora y facilitar el inicio de actividades empresariales en España, y poder aproximarse a la cultura emprendedora de Estados Unidos u otros países europeos.

En los últimos años en España, ha crecido la idea del emprendedor y de la cultura empresarial como elementos indispensables para el desarrollo económico y social. Estas ideas eran la base de la ley de apoyo a los emprendedores con la que se quería conseguir que el fracaso no causara un empobrecimiento y una frustración a los emprendedores, tales que inhibieran al empresario comenzar un nuevo proyecto y pasara a ser un medio para aprender y progresar. Para ello, se introdujo un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya fueran persona físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos. Este Acuerdo Extrajudicial de Pagos introducido para los empresarios, servía de tránsito al concurso de acreedores, en el supuesto de que no

Artículo

hubiera sido aprobado por los acreedores el Acuerdo Extrajudicial de Pagos. Con esta ley se modificó el artículo 178.2 LC, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico la segunda oportunidad o “fresh start”, incluyendo una regulación de la exoneración de deudas residuales en los casos de liquidación del patrimonio del deudor que, declarado en concurso, directo o consecutivo, siempre que se tratara de un deudor de buena fe y que hubieran sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios, con la previsión de que, si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podría obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados.

A partir de este momento se empezó a hablar de la segunda oportunidad, pero únicamente para empresarios. Hasta esta reforma donde se incorporó el mecanismo de segunda oportunidad, y a diferencia de lo que pasa con la insolvencia de la persona jurídica, el deudor concursado seguía respondiendo de la parte no satisfecha en el procedimiento concursal. Por lo que, quedaba pendiente en nuestro ordenamiento jurídico la ampliación de esta segunda oportunidad para las personas físicas no empresarias.

La Segunda Oportunidad de la persona física no empresaria. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

En 2015 se introdujo un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas, estableciendo los controles y garantías neces-

rios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. Se trataba de permitir que aquella persona que lo había perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pudiera verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la liquidación.

La experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Y esto desincentiva a los emprendedores que constantemente inician proyectos que pueden funcionar o no.

Por lo que se refiere a los acuerdos extrajudiciales de pago regulados en el título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, las modificaciones contenidas en la Ley 25/2015 tenían por finalidad flexibilizar su contenido y efectos, asimilando su regulación a la de los acuerdos de refinanciación de la disposición adicional cuarta.

Como novedad fundamental, se instauró un régimen de exoneración de deudas para los deudores persona natural en el marco del procedimiento concursal. El sistema de exoneración tiene dos pilares fundamentales: que el deudor sea de buena fe y que se liquide previamente su patrimonio (o que se declare la conclusión del concurso por insuficiencia de masa).

Nótese, que la segunda oportunidad, entra en contraposición con el objetivo que persigue el concurso de acreedores en España, que no es otro que satisfacer los créditos de los mismos, ya que esta figura permite la liberación de deudas al deudor concursado, ofreciéndole una nueva oportunidad de recomenzar su andadura económica. De esta manera, se pretendió evitar el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del CC prolongando su endeudamiento de por vida, al estar expuesto a las ejecuciones singulares que los acreedores

pudieran hacer o de una eventual reapertura del concurso.

Los procedimientos concursales en cifras.

Si recogemos el cuadro comparativo concursal europeo elaborado por el REFOR, observamos que las cifras que se presentan en nuestro país están muy por debajo del resto de los países

europeos, situándose en el año 2019 en torno a los 4.400 concursos de acreedores de empresas. Mientras que Dinamarca, siendo un país más pequeño y con menor PIB que España, alcanza más de 8.000 concursos de empresas. Con estas cifras, nos preguntamos, ¿Las empresas españolas tienen miedo a presentar un concurso de acreedores? ¿Se percibe alguna ventaja por presentar el concurso de acreedores? Y, ¿Qué pasa con la economía sumergida en nuestro país?



Elaboración REFOR

Si nos centramos ahora en la evolución de los concursos de acreedores en España, observamos que han incrementado un 3,14% en el año 2019 respecto al 2018. Este incremento se ha dado no sólo en las empresas sino también en los concursos de personas físicas con y sin actividad empresarial, con un 4,6 % y 3,3%, respectivamente. Si bien, las cifras que arrojan el cuadro siguiente, nos sorprende cuando observamos que mientras las cifras de las empresas se han mantenido con unos crecimientos o descensos estables, en el entorno de los 4.000 procedimientos anuales, los concursos de personas físicas, sufrieron unos incrementos abismales con la aparición de la normativa de segunda oportunidad. Desde

el 2015 al 2018 los procedimientos concursales se vieron incrementados en unos porcentajes que oscilaron entre el 35% y 55% de un año a otro, para las personas físicas no empresarias. Respecto a las personas físicas empresarias, también sufrieron incrementos elevados pero menores que para las personas físicas no empresarias, con porcentajes que alcanzaron desde 22% al 39%. ¿Por qué tanta diferencia entre los concursos de personas físicas y las empresas? ¿Por qué se ha pasado de estos incrementos tan elevados a unos aumentos en el entorno del 4% en este último año? Parece ser, que la novedad de la ley de segunda oportunidad, atrajo a muchas personas físicas empresarias o no, a pre-

sentar concursos de acreedores, y este último año, o bien podríamos pensar que se han alcanzado acuerdos extrajudiciales de pagos y por ese motivo no se ha llegado a presentar el concurso

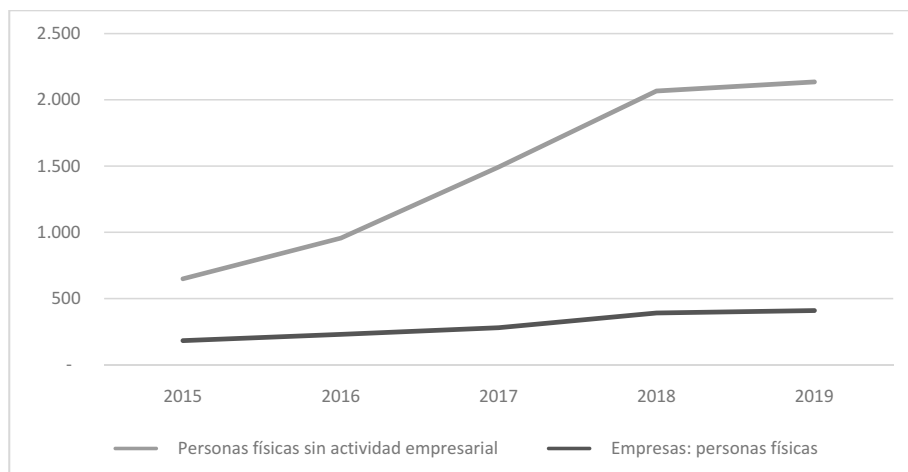
consecutivo, o bien, que las personas han detectado que la norma tiene muchas debilidades y que merece una vuelta de tuerca más, para que sea realmente una segunda oportunidad.

Evolución de los procedimientos concursales en España.

	2015	2016	2017	2018	2019
Total	5.746	5.253	5.753	6.398	6.599
Personas físicas sin actividad empresarial	649	956	1.492	2.066	2.135
Empresas: personas físicas	182	229	280	391	409
Empresas personas jurídicas	4.915	4.068	3.981	3.941	4.055

Elaboración Propia de la Base de Datos del INE

Evolución de los procedimientos concursales de las personas físicas en España.



Elaboración Propia de la Base de Datos del INE

Como vemos en la gráfica anterior, todo parece indicar que las reformas concursales de 2015 contribuyeron a que las empresas solventaran sus insolvencias a través de la ley concursal con esos importantes incrementos del 2015 al 2018.

¿Por qué le debería interesar a una startup acudir al Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP) para luego acabar en el concurso de acreedores?

En el mundo emprendedor todos utilizan la terminología de startup. Podríamos decir que una

startup es una empresa emergente, en su etapa más temprana, esta terminología sólo se aplicaría en su proyecto de arranque, ya que una vez haya crecido y se haya consolidado dejará de llamarse startup. Es importante, que existan mecanismos incentivadores para los emprendedores que, en caso de que un proyecto fracase, no se desmotiven y pudieran cerrar este proyecto e iniciar uno nuevo. Para eso, es necesario que los mecanismos de segunda oportunidad para los empresarios funcionen.

La normativa permite que pueden acudir al AEP tanto personas físicas no empresarias, como personas físicas empresarias y personas jurídi-

cas, siempre que se encuentren en una situación de insolvencia y con un pasivo inferior a los 5 millones de euros. Podríamos decir, qué las startups que se encuentren en una situación de insolvencia, se encontrarán dentro de este ámbito de aplicación, ya que como hemos indicado en el párrafo anterior, las startups son empresas en su etapa inicial. Pero sigamos avanzando, el artículo 231 LC establece, además, que para el caso de las personas jurídicas deben cumplir con los requisitos del concurso abreviado, esto es que tengan un número de acreedores inferior a 50 y un activo total inferior a los 5 millones de euros. Asimismo, se añade una exigencia que no se le obliga a las personas físicas, y es que tengan suficientes activos para satisfacer los gastos del acuerdo. Aquí, ya marcamos una diferencia entre las personas jurídicas y las personas físicas, las empresas deberán, por tanto, testear el mercado, sacar la “bola de cristal” y prever cuanto valdrán sus activos en caso de que no tenga liquidez en las cuentas bancarias para “adivinar” si podrán atender los gastos del AEP. A mayor abundamiento, se establece que los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real. Esta norma legal veda al juez del concurso la imposición de unos plazos al acreedor público para el cobro de los créditos que no pueden ser exonerados. Resultaría paradójico encontrarnos con

una empresa en situación de insolvencia que no tuviera deudas pendientes con sus trabajadores, seguridad social y hacienda, por lo que, no se entiende que una empresa en situación de insolvencia decida ir por esta vía del AEP aun cuando cumpla con los requisitos establecidos en la norma.

Los créditos de derecho público llevan en el punto de mira desde la publicación de la Ley de Segunda Oportunidad, y ha generado un amplio debate sobre la posibilidad de su exoneración o no. Con todo ello, se deberían introducir más medidas para favorecer la segunda oportunidad, ya que no parece que la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019 que introdujo una extensión de la segunda oportunidad al crédito público, haya influido para que los deudores opten por esta vía de solución a su endeudamiento. Con la Directiva de Insolvencia que está en vías de trasposición, España debería aprovechar este camino para introducir las medidas necesarias para conseguir tener una ley de segunda oportunidad que realmente lo sea con extensión total al crédito público, más ágil en los plazos y con menos formalismos.

A continuación, se detallan los diferentes escenarios en los que se podría encontrar una startup, extensible también a cualquier empresa consolidada, cuando se dé una situación de insolvencia.

SI Viabilidad de la Empresa

- a) Se podría presentar la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores para intentar conseguir un acuerdo (art. 5 bis). Entre los acuerdos que se podrían presentar sería, bien una **propuesta anticipada de convenio**, que se daría dentro del procedimiento concursal (o una propuesta de convenio en la fase que corresponda dentro del concurso) o bien un **acuerdo de refinanciación** del artículo 71 bis LC o **acuerdos de la disposición adicional 4ª LC**. Con estos acuerdos de refinanciación, bien del artículo 71 LC o de la disposición adicional 4ª LC, se pretende evitar el concurso de las empresas que sean viables, aparándoles con una protección, esto es, que en caso de que la empresa entrara en un posterior concurso de acreedores, no puedan ser rescindidos, entendiéndose homologados judicialmente.

SI Viabilidad de la Empresa
<p>b) Se podría presentar un AEP, siempre que el deudor tenga una masa pasiva y activa que no exceda los 5 millones de euros y menos de 50 trabajadores. Asimismo, se exige que las empresas que opten por esta vía, dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo. El AEP se aprobará o rechazará por una mayoría del 60% o el 75% del pasivo afectado por el acuerdo, donde se excluyen los créditos de derecho público, pese a que con la Sentencia del Tribunal Supremos de julio del 2019 se hayan aproximado al resto de créditos.</p>
<p><i>¿Por qué intentar un AEP con la problemática de los créditos de derecho público y con la exigencia de tener activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo, pudiendo ir por cualquier otra vía del apartado a)?</i> Todo parece indicar que, para las personas jurídicas carece de sentido ir por la vía del AEP, ya que este mecanismo sólo resulta de interés para las personas físicas que, habiendo pasado por este paso previo, las exigencias para solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho son menores. Pero para una empresa, donde las deudas mueren con la liquidación de la misma, no resulta atractivo tener que pasar por este paso previo que alarga el procedimiento con menores beneficios para el deudor.</p>
NO Viabilidad de la Empresa
<p>a) Se podría presentar un concurso de acreedores, con liquidación o no.</p>
<p>b) NO tendría sentido intentar un AEP para una empresa que no tiene actividad. Por lo que, la única solución sería presentar directamente el concurso de acreedores. Sobre el papel, podría intentarse el AEP, pero sería retrasar el proceso de solicitud del concurso de acreedores, cuando la vía del AEP no tiene ventajas para las personas jurídicas.</p>

Como conclusión, la Ley de Segunda Oportunidad en general, se encuadra en un marco restrictivo ya que no tiene en cuenta la situación patrimonial del deudor, obligando al abono de unos umbrales de pasivo mínimo de deudas no exonerables. No parece que tenga mucho sentido, que una vez liquidado todo el patrimonio del deudor tengan que seguir obligados a unos pagos mínimos, ya que, difícilmente podrán atenderlos. A mayor abundamiento, esta regulación, va a dificultar la recuperación efectiva del deudor que es la finalidad primordial de la Ley, ya que tendrá que destinar sus ingresos a la satisfacción de esas deudas, lo que puede provocar también, que el deudor opte por otras vías distintas al tráfico económico legal para vivir, ayudando así a la economía sumergida.

Por último comentar, que pese a la Sentencia del Supremo que ha allanado el camino del

crédito público, esto supone un maltrato para las empresas, ya que esta protección no parece que tenga mucho sentido cuando el Banco Mundial establece que, "excluir de la exoneración al crédito público socava todo el sistema de tratamiento de la insolvencia porque priva a los deudores, a los acreedores y a la sociedad de muchos beneficios del sistema, debiendo el Estado soportar el mismo tratamiento que los demás acreedores para así apoyar el sistema de tratamiento de la insolvencia". Nótese, que generalmente, son las personas físicas las que acuden al AEP pero como paso previo al concurso de acreedores, para que sea menor la obligación de pago ante la solicitud de la exoneración del pasivo insatisfecho, y que rara vez, nos encontraremos con empresas que utilicen este mecanismo porque tienen otras alternativas más beneficiosas que el AEP.