

De las Startups al Fresh Start

Una primera aproximación

Gonzalo Fuertes

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Argentina, afortunadamente, ha adoptado ciertas medidas para estimular el desarrollo de la economía a través del fomento y apoyo a emprendedores. Si bien se han dictado disposiciones antes de la ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor y, luego de esta, se ha tomado otras medidas, cabe señalar a la citada ley como un hito en la materia. Sin perjuicio de ello, el abanico de posibilidades que en esa dirección el país debería desandar es ciertamente más extenso y, aunque no sea posible si quiera intentar mencionar cada una de ellas, es preciso propiciar el tratamiento de una de dichas alternativas en particular.

Así, en el presente se intenta brindar una primera aproximación en el terreno nacional a los denominados mecanismos de *Fresh Start* o, si se prefiere, de Segunda Oportunidad, como necesario complemento de las medidas adoptadas y que cabe esperar que se sigan dictando en apoyo al sector emprendedor del país. De esta manera, la idea que sintetiza estas líneas es que cualquier persona, humana o jurídica, es más útil para la sociedad si, en ciertas ocasiones, se condonan sus deudas y se le ofrece una segunda oportunidad que si se le persigue hasta la saciedad[1].

Si se concuerda, al menos preliminarmente, con dicha idea, se compartirá que, más allá de los méritos y defectos de la ley 27.349, en esta ha quedado, al menos, una asignatura pendiente en relación con el apoyo a emprendedores en una especial situación, es decir, en el fracaso. Como se expondrá, la ley de referencia intenta promover, junto con el resto de medidas que la acompañan, el surgimiento y el desarrollo de emprendimientos, pero pareciera soslayar el escenario de crisis en que puedan verse envueltos estos.

Frente a ello, es preciso resaltar que las actuales características del sistema económico conducen a que diversos emprendimientos fracasen, aunque se trate de empresas viables[2], y una adecuada política al respecto, como pareciera que pretende adoptar Argentina, debe procurar evitar ese deterioro del tejido empresario, a fin de potenciar la ansiada reconstrucción del país[3]. En ese sentido, si se adopta un mecanismo como el de *Fresh Start* para este sector de la economía, el empresariado tendrá mayores estímulos para emprender nuevos proyectos, sin que algún fracaso inicial pueda condicionar e incluso impedir su desarrollo futuro[4], lo cual, cabe estimar, tendrá efectos positivos para el empleo y la actividad productiva[5] que tanto necesita el país y estimulará la creación de un entorno propicio para la inversión y la formación de un espíritu emprendedor para el capital local.

Por lo demás, cabe aclarar, la terea propuesta en esta ocasión solo consiste en introducir el tema con el ánimo de que sirva de disparador para que otras voces puedan aportar su conocimiento sobre el particular. Así, el fin del presente reside, más en plantear un tema y ciertas inquietudes básicas que se proyectan a partir de

él, que de brindar certezas. Por lo tanto, únicamente se intenta exponer ciertas falencias de nuestro régimen concursal en atención a las nuevas características y necesidades que plantea el actual panorama económico[6], máxime cuando el interés de los autores se ha volcado de forma ampliamente mayoritaria sobre la situación de los consumidores[7] y la posibilidad de adoptar el aludido mecanismo a su respecto, relegándose el tratamiento de ello en relación con quienes desarrollan una actividad económica empresarial[8].

II. El Fresh Start en el contexto económico, político e institucional argentino [\[arriba\]](#)

El presente trabajo tiene un enfoque jurídico, sin embargo, la materia en tratamiento involucra aspectos económicos y políticos que no pueden ni deben ser soslayados. En ese sentido, no sería prudente dejar de considerar, al menos genéricamente, las circunstancias en las que se realizan los planteos aquí expuestos. Así las cosas, sin ánimo de exhaustividad, solo a fin de contar con una visión panorámica sobre aspectos de interés para la evaluación del tema de referencia, es preciso estimar los siguientes puntos:

a. El mapa empresario argentino.

Este trabajo, como se anticipó, no tiene carácter económico ni quien suscribe se especializa en esa materia, sin embargo, resultan insoslayables ciertos datos a fin de evaluar la posible conveniencia de adoptar algún mecanismo de *Fresh Start* como complemento para la serie de medidas adoptadas a fin de respaldar y fomentar al sector emprendedor del país. Al respecto, pareciera revestir evidente interés considerar que en Argentina existen alrededor de 856.300 empresas, de las cuales el 83% son microempresas, el 16,8% son PyMEs y únicamente el 0,2% son empresas grandes. En ese contexto, las pequeñas y las medianas empresas concentran el 66% de la fuerza de trabajo del país, destacándose las Micro PyMEs como las grandes generadoras de empleo en tanto proveen 4,3 millones de puestos de trabajo[9].

De esta manera, al considerarse el mapa empresario argentino, es posible advertir la fundamental relevancia de los sectores empresarios micros, pequeños y medios para la economía del país, escenario dentro del que se inserta, a su vez, el ámbito emprendedor. Ahora bien, a la par de ello, debe destacarse que solo 2 de cada 10 empresas superan los primeros cinco años de existencia[10]. Así las cosas, en apretada síntesis, en Argentina se combina un rol preponderante de las MiPyMEs con la situación ciertamente endeble de estas, máxime durante los primeros 5 años desde su nacimiento, por lo que un régimen de Segunda Oportunidad para aquéllas en ese período se presenta como una posible medida de complemento, tanto de la ley 27.394, como de las restantes medidas de apoyo al capital emprendedor, idónea para mejorar el panorama económico del país.

b. El fracaso como parte del progreso

Los datos traídos a colación parecen ser ciertamente elocuentes, sin embargo, el tema en tratamiento no se reduce a una cuestión de estadísticas. En lo esencial, se trata de un cambio de perspectiva. En ese sentido, pareciera que lo fundamental es que opere un cambio de visión sobre la actividad empresarial y, en particular, sobre cómo se estima el fracaso. Este último puede conducir al estigma, como tradicionalmente ha sucedido en el país y como desafortunadamente continúa

ocurriendo, o, por el contrario, el fracaso puede considerarse como un paso más del éxito empresarial y del progreso social.

Si se abraza esta visión, parte de lo se pretende en estas líneas, la adopción de un mecanismo de *Fresh Start* para emprendedores se muestra como una medida necesaria para el apoyo de estos[11] y permitiría que un eventual fracaso deje de ser una limitante para este sector de la economía[12], lo cual pareciera resultar indispensable en el panorama actual en el que el apoyo que reciben los emprendedores para iniciar y desarrollar sus proyectos se desvanece ante situaciones de crisis[13].

c. Medidas político-institucionales. Un necesario complemento para la ley de Apoyo al Capital Emprendedor

Como se anticipó, Argentina ha adoptado medidas en beneficio de emprendedores. En ese sentido, cabe destacar especialmente la sanción de la ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor, mediante la cual: se establecen beneficios tributarios sobre los aportes de inversión en capital realizados por inversores en capital emprendedor; se crea el Fondo Fiduciario para el Desarrollo de Capital Emprendedor (FONDCE); se implementa el Sistema de Financiamiento Colectivo (*Crowdfunding*) como régimen especial de promoción para fomentar la industria de capital emprendedor; se regula la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) como nuevo tipo o, si se prefiere, clase societaria; se crea el Programa Fondo semilla con el objeto capacitar y financiar a aquellos emprendedores que pretendan dar inicio a un proyecto o potenciar uno ya existente con grado de desarrollo incipiente; y, se crea el Consejo Federal de Apoyo a Emprendedores con participación público-privada, en el ámbito de la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Producción, con la función principal de participar en la definición de objetivos y en la identificación de los instrumentos más adecuados para promover la cultura emprendedora en la República Argentina.

A su vez, complementariamente, mediante la resolución 434-E/2017 de la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa se: aprueban las bases y condiciones del Fondo Aceleración; convoca a Instituciones de Capital Emprendedor e instituciones que ofrezcan servicios de aceleración de empresas de la República Argentina a participar en la convocatoria Fondo Aceleración; aprueban las bases y condiciones del Fondo Expansión; convoca a Instituciones de Capital Emprendedor de la República Argentina a participar en la convocatoria Fondo Expansión; aprueban las bases y condiciones del Fondo Semilla; y, asigna el dinero del Fondo Fiduciario para el Desarrollo de Capital Emprendedor (FONDCE) que estará destinado a cada programa.

El interés del país por apoyar y desarrollar el emprendimiento luce evidente y el contexto político-institucional generado a partir de ello pareciera resultar ser insoslayable, sin embargo, es preciso poner de resalto que ninguna de las referidas normas y medidas está destinada a abordar la problemática de la insolvencia y el fracaso de emprendedores[14], la cual debiera erigirse como el próximo eslabón en la secuencia de decisiones destinadas a fomentar el crecimiento económico y bienestar social del país mediante la actividad de dicho sector. La implementación de un mecanismo de *Fresh Start* que se propone a través del presente se inserta en esa línea.

d. La inadecuación del régimen concursal

La adopción de un régimen de Segunda Oportunidad, según se ha expuesto, parece ser un requerimiento económico y, asimismo, pareciera situarse como una razonable continuación de la línea legislativa iniciada en la materia. Más allá de ello, es preciso añadir que la consideración de la temática propuesta resulta más imperiosa aun ante la evidente inadecuación del régimen concursal argentino, el cual no resulta idóneo para brindar las respuestas necesarias ante las exigencias del sector de referencia. En ese sentido, se han destacado los resultados ineficientes que ha arrojado el sometimiento indiscriminado de todos los actores económicos a un único régimen concursal[15] y, particularmente, se ha hecho lo propio en relación con las Sociedades por Acciones Simplificadas y los emprendedores[16].

Por lo demás, cabe aclarar que el régimen de pequeños concursos y quiebras tampoco luce adecuado para brindar las respuestas necesarias frente a la situación en análisis, en tanto el proceso es esencialmente el mismo, sus etapas son equivalentes y las alternativas análogas[17], es decir, en sustancia, impera un único sistema, el cual, según se indicó, no prevé respuestas adecuadas a múltiples situaciones, en lo que interesa en esta ocasión, como la de los emprendedores.

III. Un régimen de segunda oportunidad se halla en línea con la conservación de la empresa como principio del derecho de crisis [\[arriba\]](#)

En línea con los aspectos sociales, políticos y económicos que sustentan la adopción de un mecanismo de Segunda Oportunidad y de la coherencia de ello con diversas normas tendientes al apoyo de la empresa y el emprendedurismo que se han sancionado en los últimos años, es preciso señalar que esa propuesta de legislación halla respaldo en el orden de los principios. Adviértase que la clásica protección en el derecho concursal de los intereses de los acreedores mediante una rápida realización del activo ha cedido paso a la conservación de la empresa como principio primordial del derecho de crisis[18]. La implementación de la aludida medida legislativa no sería más que una nueva concreción de dicho principio.

IV. La segunda oportunidad como tendencia internacional [\[arriba\]](#)

Además del contexto económico, político e institucional brevemente referenciado con anterioridad, es preciso poner de resalto que la adopción de mecanismos de *Fresh Start*, es decir, la implementación de alternativas que permitan liberar al deudor de, al menos, parte de su pasivo con la intención de brindarle una segunda oportunidad, parece ser una tendencia a nivel internacional[19]. No se soslaya que algunas de las medias consideradas atañen a consumidores o a personas físicas que no desarrollan una actividad económica organizada en forma de empresa, sin embargo, las propuestas atinentes a ellas en multiplicidad de supuestos pueden ser aplicadas al menos analógicamente a empresarios y a sociedades comerciales.

En ese sentido cabe destacar y son consideradas en el presente, a nivel supranacional, la Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y en el marco de la Unión Europea: la Comunicación 308 de la Comisión de las Comunidades Europeas del 25.6.2008 relacionada con la competitividad de las PyMEs, conocida como *Small Business Act*; la Recomendación de la Comisión Europea del 12.3.2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE); la Comunicación de la Comisión Europea sobre el “*Acta de Mercado*

Único II: doce medidas prioritarias para un nuevo crecimiento” del 3.10.2012; la Propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los marcos de reestructuración preventiva, la segunda oportunidad y las medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y aprobación de la gestión del 22.11.2016; y, entre otros, el “*Nuevo informe europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*” correspondiente a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo del 12.12.2012.

Asimismo, en lo que respecta a las legislaciones nacionales, entre otras, cabe considerar: en España, la ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y el real decreto ley 1/2015 que introdujo el mecanismo de la segunda oportunidad; en Estados Unidos, el título 11 del US Code en sus capítulos 7, 11, 12 y 13, especialmente los dos primeros de ellos, atinentes a los mecanismos de liquidación y de reorganización, respectivamente; en Francia, la ley Neiertz “*relative a la prevención et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles*” y la ley de salvamento de las empresas del 26.7.2005; en Alemania, la ley de insolvencia “*insolvenzordnung (InsO)*” del 5.10.1994 y la ley para la reducción de la duración del procedimiento de liberación del deudor y para el refuerzo de los derechos de los acreedores (*Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiung Sverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte*) del 15.7.2013; en Italia, la *legge fallimentare* mediante el mecanismo de exoneración de deudas (*esdebitazione*) y la ley 3 del 27.1.2012; y, en Portugal, el *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* sancionado por el decreto ley 53/2004.

Así, pareciera ser posible identificar, junto a la tendencia a nivel mundial en el sentido de dictar medidas de apoyo al emprendimiento, otra complementaria a esta en dirección a la previsión de mecanismos de *Fresh Start* o sistemas de Segunda Oportunidad a fin de incentivar el desarrollo y la inversión aun en escenarios de iniciales fracasos. La iniciativa de las legislaciones modélicas en la escena internacional, junto con el contexto nacional sucintamente referenciado, no hace más que reafirmar la idea propuesta en el presente, es decir, la necesidad de adoptar medidas complementarias a la ley 27.349 en dicho sentido.

V. Lineamientos para la implementación de un Fresh Start [\[arriba\]](#)

En el presente apartado se pretende exponer, de manera general y meramente introductoria, los principales aspectos que debieran ser considerados para abordar la implementación de un mecanismo de *Fresh Start* o Segunda Oportunidad en la legislación nacional. En ese sentido, sin ánimo de exhaustividad, cabe señalar:

a. Destinatarios de la medida

Aspecto subjetivo

La definición de los destinatarios de una medida de Segunda Oportunidad entraña, a su vez, la adopción de múltiples decisiones. Una de ellas es la relativa a si se optará por que solo queden comprendidas las SAS, presumiendo la existencia de una ligazón entre este tipo o, si se prefiere, clase de sociedad con el fenómeno del emprendimiento, o, por el contrario, si se requerirá concreta y específicamente ser un emprendedor, pudiendo recurrirse a la exigencia de encontrarse inscripto en el Registro de Instituciones de Capital Emprendedor previsto en el art. 4 de la ley

27.349. Dichos requerimientos podrían ser exigidos de manera acumulativa, aunque cabe destacar que lo cierto es que no necesariamente una SAS debe involucrar a emprendedores y, a la inversa, estos podrían canalizar sus proyectos a través de la adaptación de otro tipo societario o, incluso, sin este.

Aspecto objetivo

Además de ello, otra de las cuestiones a definir al momento de precisar los destinatarios de la medida de referencia es la atinente a la del presupuesto objetivo en que estos deban hallarse para que resulte admisible su pretensión de acogerse al régimen de Segunda Oportunidad propuesto. En ese sentido, cabe destacar que pareciera lo más acertado no exigir la existencia de un estado de cesación de pagos, en los términos del art. 1 de la ley 24.522 sino, por el contrario, adoptar un criterio más laxo, tal como el de las *“dificultades económicas o financieras de carácter general”* que prevé la citada ley en materia de acuerdo preventivo extrajudicial, lo cual resultaría coherente con la finalidad de adoptar mecanismos eficaces que se anticipen en la intervención en materia de crisis y no solo actúen en estadios terminales para la empresa, lo cual conspira en contra de su efectividad.

Aspecto temporal

i. Plazo máximo.

Por lo demás, entre otros múltiples posibles aspectos a considerar, para la determinación de los posibles destinatarios del régimen de Segunda Oportunidad se debiera evaluar la adopción de algún criterio temporal en la materia. En ese sentido, no pareciera razonable, en principio, que empresas consolidadas y de amplia trayectoria puedan recurrir a aquél en detrimento de las alternativas que ya existen en materia concursal, tal como el concurso preventivo e incluso el acuerdo preventivo extrajudicial, más allá de las falencias de estas. Así, luce plausible fijar un plazo máximo de 5 años contados a partir del inicio del emprendimiento para permitir el acogimiento al régimen de referencia, considerándose que *“solo dos de cada 10 empresas supera los cinco años de vida”*[20], sin perjuicio de que, a su vez, resultaría óptimo, como medida complementaria, una reforma a la legislación sobre pequeños concursos.

ii. Período de inhibición.

No se soslaya que la consideración de un criterio temporal en relación con el régimen de Segunda Oportunidad también impondría estimar la eventual imposición de plazos de inhibición que eviten la continua adopción del mecanismo y que dilaten artificialmente la duración de proyectos u empresas que no son viables, a costa de sus acreedores. No se ha efectuado precisiones al respecto en tanto en el presente se ha pensado en dicho régimen como, justamente, una Segunda Oportunidad y no sucesivas nuevas oportunidades. Sin perjuicio de ello, de considerarse que prever la posibilidad de realizar múltiples requerimientos en ese sentido sería admisible, eliminando el sugerido plazo máximo, cabe destacar como razonable la fijación de un plazo de inhibición de 5 años, aunque es preciso señalar que el Código de Consumo francés (L 331-7-1) fija dicho plazo en 8 años y, de acuerdo con el art. 238 Código de Insolvencia portugués, y el § 290 de la InsO alemana[21], aquél es de 10 años.

b. La buena fe como llave de ingreso y requisito de permanencia en el sistema. Su tratamiento.

La consideración de la adopción de un mecanismo de Segunda Oportunidad para el derecho nacional impone plantearse si resulta procedente o, por el contrario, improcedente evaluar o juzgar la conducta del sujeto para que pueda acogerse a dicho régimen. Concretamente, cabe preguntarse si es o no es procedente exigir la buena fe de aquél. En una primera aproximación al tema y sobre la base del derecho vigente, pareciera imponerse una respuesta negativa, en tanto se entiende improcedente valorar la conducta del concursado como presupuesto de apertura de la solución preventiva[22]. Este temperamento, *mutatis mutandi*, podría ser sostenido en la materia en tratamiento. De hecho, así pareciera haberlo hecho el legislador español al omitir la inclusión alguna disposición que permitiera valorar al juez interviniente la existencia o inexistencia de merecimiento para decidir el acceso a la exoneración del pasivo insoluto, sin embargo, cabe señalar que ello ha sido criticado por la doctrina[23].

Por el contrario, otras legislaciones, tales como las de Francia, Alemania, Estados Unidos e Italia, exigen la existencia de buena fe en el pretense beneficiario del mecanismo de referencia, tanto para el acceso a este, como para su permeancia[24]. Además de ello, si se optara por la adopción de esta alternativa, es decir, la de exigir un comportamiento de buena fe, resultaría menester decidir, como lo ha sugerido cierta doctrina[25], si es procedente elaborar listas de conductas reprochables que impiden el acceso y la permanencia en el sistema, o, por el contrario, si es conveniente adoptar una previsión general mediante la cual solo se realice dicha exigencia sin definir su contenido, tal como sucede en el Código de Consumo sobre el procedimiento para atender el sobreendeudamiento de los particulares de Francia[26]. Más allá de esto, de considerarse necesaria una exigencia en este sentido, pareciera razonable, a todo evento, la implantación de aquélla en términos generales incluyendo una alusión meramente enunciativa a ciertas conductas que típicamente resultarían contrarias a la buena fe, tal como suceden en la legislación italiana al aludirse a la utilización de comportamientos abusivos y fraudulentos, a la ocultación del activo patrimonial, la expresión de pasivo inexistente y a la agravación de la insolvencia[27].

Más allá de lo expuesto y sin ánimo de exhaustividad, cabe destacar que, de adoptarse la referida exigencia de buena fe, a su vez, debería determinarse cuál sería la consecuencia ante una eventual violación. La consideración del punto podría justificar distinciones a partir del momento en que se adopte la decisión, es decir, si se ha iniciado o no se ha iniciado un procedimiento. Sin perjuicio de esto, es pertinente destacar que, en ciertos supuestos, legislaciones como la italiana prevén solo el rechazo o decaimiento del procedimiento, mientras que otras, como la francesa, ante esos mismos o similares supuestos, opta por la declaración de quiebra[28].

3. Una posible estructura. Sus particularidades[29].

La adaptación de un mecanismo de Segunda Oportunidad impone determinar si su trámite será efectuado en sede administrativa o, por el contrario, judicial, incluyendo posibles y eventuales interacciones entre ambos ámbitos. Asimismo, resultaría oportuno considerar la implementación de una instancia de mediación previa, en su caso, al inicio del trámite judicial.

En uno u otro supuesto, pareciera conveniente exigir, siguiendo a la legislación alemana, la presentación de:

- Estados contables llevados en legal forma, con expresión detallada de sus deudores y acreedores.
- Plan de pagos razonable para superar la situación de crisis.
- Informe sobre los motivos por los cuales no se haya podido alcanzar un acuerdo, en el supuesto en que se haya recurrido a una instancia previa.

A su vez, luego de ello, también en línea con el derecho alemán, resultaría oportuno prever la realización de una audiencia con los acreedores a fin de que se pronuncien sobre la propuesta que efectúe el deudor, tal como también recepta la legislación italiana, pudiendo aprobarse el acuerdo si prestan su conformidad más de la mitad de los acreedores que representen, a su vez, más de la mitad de pasivo, alcanzando los efectos del acuerdo a todos los acreedores que hayan sido denunciados por el deudor aunque no se hubieran presentado al proceso. En el supuesto en que el acuerdo se logre fuera de la aludida audiencia, pareciera razonable prever, como en Italia, que se comunique ello a los acreedores a fin de que estos puedan formular oposición durante 10 días para que luego se decida la homologación y su eventual publicación. Similares previsiones deberían ser adoptadas en el supuesto en que se considere viable la imposición de planes de pagos cuando no se haya logrado un acuerdo entre el deudor y sus acreedores.

4. Demás aspectos que una regulación del mecanismo debiera contemplar[30].

Más allá de los tópicos expuestos, los cuales se consideran básicos e introductorios, cabe señalar que para una regulación de un mecanismo de Segunda Oportunidad deberían plantearse y resolverse, al menos, las siguientes cuestiones:

- Efectos del inicio del proceso o procedimiento, tales como definición acerca de si suspenderá o no suspenderá los procesos en trámite, en especial, las ejecuciones y qué efectos tendrá sobre las medidas cautelares que se hayan trabado o se intenten trabar, siendo pertinente considerar que legislaciones como la italiana prevén la suspensión de acciones ejecutivas y cautelares en tramitación, así como la prohibición del inicio de nuevas acciones ejecutivas. Asimismo, entre otras cuestiones, debieran adoptar previsiones sobre la continuidad de los contratos.
- Créditos que quedarán comprendidos y eventuales exclusiones, como, solo a título ejemplificativo, podría plantearse en relación con los denominados acreedores involuntarios. Se deberá establecer concretamente qué créditos quedan alcanzados, siendo pertinente destacar que en Italia la exoneración alcanza a todas las deudas que se hayan insinuado, como así también a las que, si bien no lo hicieron, son de causa o título anterior al procedimiento.
- Contenido y alcance de las medidas a adoptar, siendo pertinente mencionar que se ha indicado en relación con la legislación española que es censurable las limitaciones que allí se establecen sobre las quitas y esperas que pueden estar contenidas en un eventual acuerdo[31]. Más allá de esa apreciación general, cabe señalar la existencia de diferentes posiciones en cuanto a la existencia de satisfacción de un umbral mínimo del pasivo. Así, es posible identificar, por un lado, la legislación alemana, la cual no exige que se garantice mínimo alguno de

satisfacción de los créditos, mientras que, por otro, en la legislación de Italia sí se exige la satisfacción parcial de aquéllos para poder acceder al beneficio de la Segunda Oportunidad y, de forma similar, en Francia se exige a partir del segundo año de pagos una satisfacción mínima de los créditos que no sea inferior al 5% del pasivo.

- Facultades judiciales o administrativas, debiendo decidirse en cada caso si solo podrán oficiar como directores del proceso o procedimiento o, por el contrario, tendrán potestades suficientes para imponer planes de pagos incluso aunque no se hayan alcanzado las mayorías que se prevean para la aprobación de estos.

- Consecuencias ante el eventual incumplimiento de las medidas adoptadas, pudiendo señalarse que legislaciones como la francesa prevén ante ello que el acuerdo que haya sido alcanzado quedará sin efecto alguno, por lo que la celebración de aquél no tendría efectos novatorios, lo cual operaría como un incentivo, tanto para su cumplimiento por parte del deudor, como para brindar la aceptación por parte de los acreedores. Asimismo, se debería plantear si en ese escenario correspondería que se declare la quiebra del deudor o, por el contrario, ello sería improcedente y, en el primero de los supuestos aludidos, si sería o no sería posible la conversión de aquélla en concurso preventivo.

- Situación de los garantes, destacándose que la legislación española establece que la exoneración conseguida por el deudor principal comprende a sus garantes, solución que ha sido criticada por cierto sector de la doctrina de dicho país[32], mientras que, por el contrario, en Italia y Alemania los acreedores no se encuentran impedidos de perseguir el cobro de sus créditos contra los garantes (ver art. 142 de la *Legge Fallimentare* y parágrafo 301 de la Ordenanza de Insolvencia alemana).

- Aparición de nuevos activos que existían con anterioridad a la medida, debiéndose adoptar una decisión en torno, básicamente, a si procede o no procede la reapertura del procedimiento para que aquéllos puedan ser afectados al pago del acuerdo que eventualmente se haya alcanzado o al cumplimiento de la medida que se haya impuesto, más allá de la operatividad de la exoneración. Si bien en las legislaciones que abordan la temática de la Segunda Oportunidad no es usual su tratamiento, la doctrina avala la posibilidad de dicha reapertura[33].

La lista de cuestiones que merecen un tratamiento en la regulación de un mecanismo de *Fresh Start*, claramente, no se agota con la enunciación expuesta, pero esta tiende a ilustrar la variedad e importancia de las temáticas que deberían obtener una respuesta y toma de posición por el legislador en ese escenario.

VI. Consideraciones generales sobre el impacto económico de la medida [\[arriba\]](#)

Más allá de los lineamientos jurídicos brevemente expuestos en el apartado precedente que se deberían considerar para plasmar un mecanismo de *Fresh Start* o de Segunda Oportunidad en la legislación nacional, es preciso plantar ciertas consecuencias de índole económica que la adopción de tal medida pudiera generar:

a. Sobre los emprendedores.

En relación con el efecto que la adopción de un mecanismo de *Fresh Start* puede provocar sobre los emprendedores, se ha indicado que los países con bajos niveles de protección en materia concursal conducen a un retraso en los pedidos de

declaración de insolvencia, lo cual suele tener el efecto de aumentar el cierre de empresas por la imposibilidad de su reorganización, generando un evidente costo a nivel social. Por el contrario, aquellas legislaciones que proporcionan mayores niveles de protección en ese escenario, si bien tienden a aumentar la cantidad de procesos concursales, estos tienen una tasa de éxito mayor, es decir, se erigen como un mecanismo más efectivo y eficaz para el abordaje de la insolvencia. De esa manera, una limitada protección concursal suele desembocar en concentración económica, baja rotación empresarial, disminución del espíritu emprendedor y menor actividad económica[34].

Así las cosas, pareciera que la implementación de un régimen de Segunda Oportunidad en la legislación nacional, no solo traería aparejados evidentes beneficios para el sector emprendedor del país, sino que, a su vez, contribuiría a robustecer el mercado interno mediante la proliferación de mayor cantidad de empresas, disminuyendo los niveles de concentración del mercado y aumentando los puestos de trabajo y la oferta de bienes y servicios. Se trataría de una política, en principio sectorial, que proporcionaría beneficios generales evidentes, en la que el costo para acreedores individuales, al menos en parte, se compensaría con la prevención de costos sociales provocados por el fracaso sistemático de las actuales alternativas concursales, máxime en los escenarios de referencia.

b. En relación con los acreedores y el mercado crediticio[35].

Tal como se anticipó en la parte final del punto precedente, los efectos positivos de la recuperación de deudores insolventes, tiene, en principio, un aspecto negativo en la situación de los acreedores. Estos, ante el riesgo de dejar de percibir sus créditos por la aplicación de un mecanismo de *Fresh Start*, razonablemente, tenderían a compensarlo mediante el aumento de las tasas de interés a fin de cubrir dicho riesgo. De esa manera, potencialmente, la adopción del instituto de referencia podría repercutir de forma negativa, al menos en el aludido aspecto, para el resto de la población. Por ello, es decir, ante el temor por un incremento generalizado en el costo del crédito y la contracción de ese sector del mercado, es que se han planteado frenos a la implementación de este tipo de medidas.

A pesar de ello, se ha señalado que, en realidad, el riesgo de la falta de pago no resultaría incrementado considerablemente por la implementación de un sistema de Segunda Oportunidad, por lo que el aludido aumento de la tasa de interés no debería porqué ocurrir o, al menos, no de manera relevante. En ese sentido, se precisa que la liberación de pasivo pendiente, en rigor, no altera la tasa de incumplimiento, puesto que el deudor insolvente no rehabilitado igualmente no cumple ni está en condiciones de cumplir con sus obligaciones, por lo que con o sin un mecanismo de *Fresh Start* dicho deudor no pagará porque no tiene recursos para hacerlo. Así las cosas, las consecuencias negativas que traería aparejado ese instituto resultarían más aparentes que reales.

VII. Conclusión [\[arriba\]](#)

A través del presente se ha intentado realizar una primera aproximación a la introducción de, al menos, ciertos planteos en el plano nacional en relación con la adopción de mecanismos de *Fresh Start* o de Segunda Oportunidad especialmente dirigidos al sector empresario y, más concretamente, a emprendedores. Se entiende que ello es una consecuencia lógica, tanto de uno de los principios preponderante en materia de derecho de crisis, como lo es la conservación de la empresa, como de la legislación nacional (piénsese en la ley de apoyo al capital emprendedor 27.349 y

demás medidas señaladas) y de una tendencia internacional en la materia. Se espera haber sido capaz de tender una plataforma sobre la que otros, en el futuro, puedan continuar desarrollando estas ideas.

Notas [\[arriba\]](#)

- [1] <https://atalan.tayabogadas.es/la-ley-de-segunda-oportunidad-en-que-consiste/>, visitada el 15.12.2021, en el mismo sentido https://cincodias.elpais.com/cincodias/2014/01/01/empresas/1388598658_393964.html visitada el 15.12.2021.
- [2] Cuenca Casas, Matilde, “La recuperación del empresario insolvente es clave para la reconstrucción económica y social”, *Otrosí Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, número 7, 2020, 7ª época, p. 48.
- [3] Cuenca Casas, Matilde, “La recuperación del empresario...”, 48.
- [4] Cuenca Casas, Matilde, “Fresh Start y mercado crediticio”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio de 2011, p. 12.
- [5] <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-52/3589-una-segunda-oportunidad-para-los-emprendedores>, visitada el 16.12.2021.
- [6] Balduzzi, Leonardo David, “El empresario emprendedor como eje del microsistema concursal del futuro”, X Congreso Argentino de Derecho Concursal, VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, t. I, GEA Impresiones, Santa fe, p. 199.
- [7] Balduzzi, Leonardo David, 199.
- [8] Cfr. Miguel, Federico, “Concurso o quiebra de SAS. Una buena excusa para simplificar y “aggiornar” el proceso falencial”, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2019.
- [9] <https://www.comafi.com.ar/1943-El-mapa-empresarial-de-un-pais-donde-las-pymes-son-las-grandes-empleadoras-no-te.aspx>, visitada el 15.12.2021.
- [10] <https://www.entrepreneur.com/article/342205>, visitada el 15.12.2021.
- [11] Weidmann, Gabriela, “La insolvencia de los emprendedores o emprendimientos con referencia de los regulados por la ley 27.349”, X Congreso Argentino de Derecho Concursal, VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, t. I, GEA Impresiones, Santa fe, p. 343.
- [12] Weidmann, Gabriela, 343.
- [13] Balduzzi, Leonardo David, 206.
- [14] Weidmann, Gabriela, 341, con cita de Alonso, Daniel F., “El sobreendeudamiento de la persona física no comerciante frente a los procesos concursales”, V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia y VII Congreso Argentino de Derecho Concursal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2009.
- [15] Barbarach, Santiago, “El COVID-19 y la necesidad de un “Fresh start” en materia concursal”, *Diario Comercial* N° 253, del 26.5.2020, p. 2, con cita de Rivera, Julio César, “Renovación de principios estructurales del derecho concursal”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Concursos-II, 2003, p. 9.
- [16] Weidmann, Gabriela, 341.
- [17] Weidmann, Gabriela, 341.
- [18] Cfr. Richard, Efraín H., “En torno a la conservación de la empresa (insolvencia societaria y responsabilidad)”, *La Ley*, AP/DOC/1530/2014; Otaegui, Julio C., “El

derecho patrimonial privado codificado. Su evolución desde el Centenario de la Revolución de Mayo”, La Ley, AR/DOC/3402/2010; Dasso, Ariel A., “El Derecho Societario y la intromisión del Derecho Concursal”, Deconomi, Año II, N° 2, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Alegría, Héctor, “Diálogo de Economía y Derecho y Convergencias Culturales y Sociales en la Insolvencia”, La Ley, AR/DOC/1158/2007.

[19] Raspall, Miguel Ángel, “Introducción al régimen de los emprendedores”, Estudios de Derecho Empresario, ISSN 2346-9404 48, p. 54.

[20] <https://www.entrepreneur.com/article/342205>, visitada el 15.12.2021.

[21] Cuenca Casas, Matilde, “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start”, Anuario de Derecho Concursal 31/2014, Thomson Reuters - Aranzadi Insignis, p. 25.

[22] CNCom, Sala A, in re “Calabie”, del 10.4.1973; CNCom, Sala D, in re “Oil Combustibles”, del 27.12.2017.

[23] <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-52/3589-una-segunda-oportunidad-para-los-emprendedores>, visitada el 16.12.2021.

[24] Cuenca Casas, Matilde, “Ley de emprendedores...”, 24 y 25.

[25] Cuenca Casas, Matilde, “Ley de emprendedores...”, 26.

[26] Cuenca Casas, Matilde, “Ley de emprendedores...”, 26.

[27] Sendra Albiñana, Álvaro, “El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, Tesis de Doctorado, Universitat Jaume I, Castellón, 2017, p. 169.

[28] Sendra Albiñana, Álvaro, 141.

[29] En la realización del presente apartado se sigue, en lo sustancial y con adaptaciones propias, la obra citada de Álvaro Sendra Albiñana, principalmente en sus páginas 146, 147, 148, 157 y 172.

[30] En la realización del presente apartado se sigue, en lo sustancial y con adaptaciones propias, la obra citada de Álvaro Sendra Albiñana, principalmente en sus páginas 64, 136, 137, 153, 170 y 172.

[31] Cuenca Casas, Matilde, “Ley de emprendedores...”, 13.

[32] <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-52/3589-una-segunda-oportunidad-para-los-emprendedores>, visitada el 16.12.2021.

[33] Cuenca Casas, Matilde, “Ley de emprendedores...”, 36.

[34] Cuenca Casas, Matilde, “Fresh Start...”, 31.

[35] En la realización del presente apartado se sigue, en lo sustancial y con adaptaciones propias, a Cuenca Casas, Matilde, “Fresh Start...”, principalmente en sus páginas 10, 29, 30 y 42.