

COVID-19

El **Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE de 13 de mayo)** modifica la disposición adicional sexta referida a la salvaguarda del empleo del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Dicha disposición establece que las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor previstas en el artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/2020 estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad -en los términos previstos en la propia disposición-, aunque no resultará de aplicación este compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El precepto de la legislación concursal al que reenvía dispone que, *salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4º, haya transcurrido el plazo correspondiente.*

En este contexto, el riesgo de concurso de acreedores al que se vincula la no aplicación del compromiso de mantenimiento del empleo se conecta con los llamados hechos externos reveladores de la insolvencia.

- El primero de los presupuestos legales de la declaración de concurso es el presupuesto objetivo, consistente en la insolvencia del deudor. En efecto, el presupuesto objetivo del concurso de acreedores que recoge la Ley Concursal es el estado de insolvencia: la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. La opción por este único presupuesto objetivo se justifica en la propia Exposición de Motivos por la unidad del procedimiento. No se contemplan diferentes procedimientos según la gravedad o el grado de insolvencia, sino un único procedimiento cuya apertura procede en todos aquellos casos en que el deudor común se encuentra en ese estado.
- Cualquier deudor que tenga la condición de persona —presupuesto subjetivo— y sea insolvente —presupuesto objetivo— puede ser declarado en concurso de acreedores,

sea a solicitud propia, sea a solicitud de cualquier otro legitimado. No obstante, esta unidad no es del todo real. Y ello porque en este presupuesto unitario, en realidad, la Ley Concursal acoge hasta tres presupuestos objetivos diferentes: la insolvencia inminente (art. 2.3, segundo inciso LC), la insolvencia actual (art. 2.2 LC) y la insolvencia cualificada (art. 2.4 LC). En la insolvencia cualificada lo realmente determinante no es el estado de insolvencia (actual), sino la concurrencia de alguno de los hechos externos de especial gravedad que, con criterio taxativo, enumera la propia Ley.

En la **insolvencia actual** y en la **insolvencia cualificada** sólo lo concurre el presupuesto objetivo de la declaración judicial de concurso cuando al estado de insolvencia actual se añade un hecho externo presuntamente revelador de esa insolvencia. La diferencia esencial entre ambos supuestos de insolvencia actual radica en que si la solicitud es del deudor no existe taxatividad alguna de los hechos reveladores (art. 14.1 LC). Mientras que, si la solicitud proviene de cualquier otro legitimado, el instante sólo puede alegar alguno de los hechos que taxativamente enumera la Ley, y no otros distintos por muy importantes y reveladores que éstos sean. La no taxatividad (sistema de numerus apertus) versus taxatividad de hechos presuntamente reveladores de la insolvencia (sistema de numerus clausus) es la diferencia esencial del presupuesto objetivo fundado en la insolvencia actual según se trate de concurso voluntario o de concurso necesario.

Al enumerar esos hechos taxativos que tiene que alegar y acreditar el acreedor instante — sistema de numerus clausus— la Ley ha seleccionado los que considera de mayor gravedad. Estos hechos no sólo evidencian la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, sino un estado de deterioro económico y financiero extraordinariamente grave y de ahí que quepa hablar de insolvencia cualificada.

En este sentido, la Ley Concursal entiende que la insolvencia (cualificada) se manifiesta o exterioriza a través de alguno de estos hechos. Se trata de hechos externos de particular gravedad:

- I. sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones;
- II. embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio;
- III. alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de los bienes;

- IV. incumplimiento generalizado en los últimos tres meses de las obligaciones de pago tributarias, de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta o de los salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo.

Pues bien, la no aplicación del compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas acogidas a las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor (art. 22 RDL 8/2020), requiere que concurra alguno de los referidos hechos externos –“presuntos reveladores de la insolvencia”- del artículo 2.4 de la Ley Concursal, que en esta sede se considera que evidencian riesgo de concurso de acreedores.



Affidavit
Abogados