

Notas sobre el deber de las empresas de solicitar el concurso de acreedores ante la crisis del covid-19:

En este mes de marzo y como consecuencia de la situación originada por el Covid-19, se ha producido una importante carga legislativa en materias diversas del derecho laboral, administrativo, procesal, entre otras, y, en lo relativo a estas notas, en materia del Derecho Concursal.

En el Art. 5 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal se establece que (sic):

"Deber de solicitar la declaración de concurso.

1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. (...)"

Por el Real Decreto Ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en adelante, el RDL 8/2020, se toman diversas medidas tendentes a proteger y dar soporte al tejido productivo y al social, para minimizar el impacto que esta situación extraordinaria de alarma sanitaria ha causado, y lograr que, una vez finalizada la misma, se produzca cuanto antes una reacción de rebote en la actividad económica posterior a la finalización del estado de alarma sanitaria, por lo que se entró a regular los aspectos que, a continuación comentamos:

Este RDL 8/2020, fijó la interrupción del plazo previsto en el artículo 5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal para que el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tenga el deber de solicitar la declaración de concurso, y así se establece en su artículo 43, "Plazo del deber de solicitud de concurso", cuyo texto es del tenor literal siguiente:

Sic: "1. Mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso. Hasta que transcurran dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hubieran presentado durante ese estado o que se presenten durante esos dos meses. Si se hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá éste a trámite, con preferencia, aunque fuera de fecha posterior.

2. Tampoco tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que hubiera comunicado al juzgado competente para la declaración de concurso la iniciación de negociación con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, aunque hubiera vencido el plazo a que se refiere el apartado quinto del artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal".

La insolvencia a que se refieren los preceptos comentados ha de ser entendida como la "insolvencia actual". Por ello es pertinente aclarar que éste deber no afecta a los supuestos de insolvencia inminente, que es la que define el **artículo 2.3 LC** y que es aquella situación en la que el estado de insolvencia sea de previsible acaecimiento. En estos supuestos nos encontraríamos ante **un derecho del deudor y no de un deber de solicitar la declaración de concurso**, esto es, **el deudor puede acudir al concurso sin estar obligado a**

ello. Este deber de declaración del concurso le corresponde al órgano de administración del concursado persona jurídica, al ser el órgano de gestión y representación (**art. 209 LSC**), y por ello, la obligación de solicitar, en su caso, la declaración de concurso por expreso mandato del **artículo 3.1 de la LC**.

En caso de que este “*deber de solicitar la declaración del concurso*” se incumpla cuando se está obligado a ello, constituye una **presunción de dolo o culpa grave** del **artículo 165 LC**, que puede llevar a que **el concurso sea calificado como culpable**. Y la consecuencia de ello no es otra que, a tenor de lo que establece el art. 172 LC: “*La sentencia que califique el concurso como culpable puede llevar consigo tanto sanciones civiles como la inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar a personas durante un periodo de 2 a 15 años, o la pérdida de derechos que se pudieran tener, como obligaciones patrimoniales, en forma de indemnización de daños y perjuicios y en ciertos casos, de responsabilidad de los administradores por el fallido concursal.*”

No obstante, con la entrada en vigor del **RDL 8/2020**, y mientras esté vigente el estado de alarma, conforme a lo dispuesto en su artículo 43, «*Plazo del deber de solicitud de concurso*», el deudor (persona física o jurídica, puesto que no se hace distinción alguna) que se encuentre en estado de **insolvencia no tendrá el «deber de solicitar la declaración de concurso»** y ello significa que hasta que transcurran dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma, **los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hubieran presentado durante ese estado** o que se presenten durante esos dos meses. Si se hubiera presentado una **solicitud de concurso voluntario**, se admitirá éste a trámite, con preferencia, aunque fuera de fecha posterior, es decir, **que durante el estado de alarma no se admitirán a trámite las solicitudes de “concurso necesario” que se hubieran podido presentar, pero sí aquellas solicitudes de “concurso voluntario” que durante el mismo periodo se presenten.**

También y en relación con lo anteriormente indicado, respecto al apartado 2º del Art. 43 Del **RDL 8/2020**, **tampoco tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso**, como se dejó indicado en dicho precepto, con lo que ello supondría que “si cuando se declaró el estado de alarma había transcurrido un mes desde la presentación del Art. 5 bis de la LC., en el Juzgado de lo Mercantil correspondiente, cuando finalice dicho estado, se reanudaría el cómputo de los otros 3 meses. De igual manera entenderíamos que si cuando se declaró el estado de alarma ya había transcurrido el plazo íntegro para presentar el concurso, éste habría de presentarse al día siguiente de la finalización del estado de alarma, con lo que con la finalidad última de permitir o incentivar a los empresarios y autónomos a que concentren sus mejores esfuerzos en buscar y aplicar fórmulas de toda índole que les permitan mantener la mayor parte de los puestos de trabajo y, en consecuencia, la continuidad de la actividad empresarial o profesional dado que ésta sería en materia económica la prioridad absoluta, y para ello mediante lo dispuesto en el citado artículo 43 **RDL 8/2020**, se les libera de forma temporal, de la carga que supone para todo deudor pensar, en las consecuencias implícitas al incumplimiento del deber legal de solicitar la declaración de concurso, llegado el momento final de la calificación del mismo.

El cuanto al plazo para la presentación de la solicitud de declaración de concurso voluntario durante el estado de alarma y conforme a la Disposición Adicional Segunda del RDL 463/2020 de 14 de marzo, si bien el plazo de dos meses dentro del cual el deudor presentaría su solicitud de concurso habría quedado suspendido e interrumpido, **será el juez de lo mercantil quien en última instancia pueda admitir a trámite la solicitud de concurso si con ésta se consigue evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso.** De ser así, el deudor en su solicitud tendrá lógicamente que acreditar dicha circunstancia.

Por otro lado, no ofrece dudas el hecho de que una empresa ya declarada en concurso pueda tramitar ante el Juzgado conecedor de éste tanto un ERTE como un **ERE**. Del mismo modo una empresa que no esté declarada en concurso ni en situación de insolvencia podría ante la Autoridad Laboral competente tramitar este tipo de expedientes.

Ahora bien, ¿qué sucedería en los casos en los que la empresa que se encontrase en situación de insolvencia inminente quisiera tramitar un ERTE/ERE junto con su solicitud de declaración de concurso voluntario? En este último supuesto contemplado, *el ERE*, carecería de sentido que dicha empresa no pudiera presentar, en estos momentos, su declaración de concurso por no estar contemplado expresamente como servicio esencial y, por ende, verse obligada a tramitar dicho expediente ante la autoridad laboral competente con los graves perjuicios que se ocasionarían a los trabajadores de ésta, en lo que se refiere a la calificación de su crédito. Así, la diferencia para los trabajadores a los que se pretende proteger con dichas medidas extraordinarias pasarían por ostentar un crédito privilegiado si el ERTE/ERE se ha tramitado “con anterioridad a la declaración de concurso” a ostentar un “crédito contra la masa” si ese mismo expediente se tramitase en sede concursal.

Conviene indicar que, aunque esa eliminación del deber de solicitar la declaración de concurso no se ha visto acompañada de una prohibición expresa de iniciar ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni de una prohibición de seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, lo cierto es que **de facto al haberse suspendido, los términos y plazos procesales por el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, no podrán iniciarse dichas acciones.**

No obstante, *lo lamentable es que la eliminación temporal del deber de solicitar la declaración de concurso, no ha venido acompañada de una suspensión expresa del devengo de intereses, legales o convencionales, durante la vigencia del estado de alarma, como si se aplica a la totalidad de los contratos de financiación de forma similar a la inaplicación de interés moratorio contemplada en el artículo 15 de dicho RDL 8/2020, para «... todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se*

encuentre en alguno de los supuestos de vulnerabilidad económica...» a que se refieren en el artículo 9 del mismo cuerpo legal.

En definitiva, lo que se ha hecho es eliminar el deber de solicitar la declaración de “concurso voluntario” del deudor que se encuentra en insolvencia actual, a los solos efectos de una eventual apertura de la sección VI de calificación como “culposo” en un posterior concurso de acreedores, y así darle una tregua a los deudores que puedan verse afectados por el COVID-19.