

► Artículos de opinión

IMPLICACIONES SOCIETARIAS DEL ESTADO DE ALARMA

Autor: María del Mar Hernández Rodríguez y José María Tapia López

Cargo: Magistrados Especialistas CGPJ en Mercantil

Resumen: La crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y consecuente declaración del estado de alarma con las restricciones de movimiento que conlleva, supuso la necesidad de adoptar determinadas medidas en el ámbito societario, especialmente en relación al funcionamiento de los órganos sociales, obligaciones contables, sociedades cotizadas, derecho de separación, disolución y deberes y responsabilidad de los administradores. Los Real Decreto-Ley 8/2020, 11/2020 y 16/2020 se han ocupado de ello, estableciendo unas reglas societarias especiales de urgencia que generan importantes dudas interpretativas.

Palabras clave: Estado de alarma, derecho de sociedades.

Abstract: The health crisis caused by COVID-19 and the consequent declaration of the state of alarm with the movement restrictions that it entails, meant the need to adopt certain measures in the corporate sphere. Royal Decree-Law 8/2020, 11/2020 and 16/2020, regulates this, establishing special emergency company rules that generate important interpretative doubts.

Keywords: State of alarm, company law.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS SOCIALES
- III. OBLIGACIONES CONTABLES
- IV. SOCIEDADES COTIZADAS
- V. DERECHO DE SEPARACIÓN
- VI. REINTEGRO DE APORTACIONES
- VII. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD
 1. Expiración del término de duración
 2. Causa legal o estatutaria de separación
- VIII. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

I. INTRODUCCIÓN

Estamos viviendo épocas muy complicadas, inimaginables hace unos meses: pandemia, medidas de confinamiento, lucha sin cuartel contra una enfermedad que ha colapsado los sistemas sanitarios y la economía mundial, que ha provocado que prácticamente casi la totalidad de los países hayan destinado ingentes cantidades de dinero a controlar y mitigar los efectos de esta enfermedad desde un punto de vista sanitario, para luego concentrar todos sus esfuerzos en reactivar y relanzar la economía mundial.

Esta situación de incertidumbre que estamos padeciendo se centra, en este momento, en el ámbito sanitario (medidas de confinamiento de la población para evitar la propagación del virus, distintas soluciones adoptadas por los países para combatir la enfermedad, búsqueda de la ansiada vacuna o tratamiento...), aunque y después del tiempo transcurrido, esta situación se ha generalizado a nivel mundial al ámbito económico lo que ha motivado que se hayan adoptado medidas legislativas urgentes para hacer frente a ello por parte de distintos Estados (entre ellos, España), pero que necesita de un desarrollo serio y acorde con la realidad que se avecina.

Aunque el panorama al que nos enfrentaremos en un futuro muy próximo será la de buscar las medidas legislativas adecuadas para paliar la situación de insolvencia que van a sufrir muchas Sociedades y personas físicas, también ha sido necesario legislar de manera urgente y por vía de Real Decreto la situación actual en la que se ven inmersas las Sociedades con el fin de adecuar su supervivencia al momento actual que estamos padeciendo.

Trasladado este escenario al ámbito español, con fecha 14 de marzo de 2020, se dictó el Real Decreto 463/2020, por el que se de-

claraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 que se ha ido prorrogando de manera sucesiva y en el que aun nos encontramos.

¿Qué influencia ha tenido esta declaración del estado de alarma en el ámbito del Derecho y, más concretamente, en el ámbito de las Sociedades? (objeto de estudio de este artículo).

A la hora de resolver los numerosos problemas prácticos y de interpretación que en materia societaria se están produciendo como consecuencia de la prolongación de este estado de alarma, es necesario partir del Real Decreto-Ley 8/2020, de 18 de marzo (y más concretamente sus artículos 40 y 41), primera norma publicada al efecto. Sin embargo, esta situación de urgencia y de legislar de la misma manera ha provocado que este Real Decreto-Ley 8/2020 haya sido objeto de modificación por el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 y más concretamente su Disposición Final Primera, con el fin de intentar paliar, en la medida de lo posible, las dudas prácticas e interpretativas que el primer Real Decreto suscitaron. Fundamentalmente destaca la regulación de aspectos vinculados con el funcionamiento de los órganos sociales, obligaciones contables, derecho de separación, disolución y deberes y responsabilidad de los administradores. Igualmente ha de tenerse en cuenta el Real Decreto-Ley 16/2020 de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

En todo ello, el legislador ha asumido un papel tutelador ante la nueva situación y ha legislado de manera imperativa, dejando escaso margen a la autonomía de la voluntad de

las sociedades plasmada en los acuerdos de los socios al respecto de las cuestiones objeto de regulación.

II. FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS SOCIALES

La pandemia y los efectos derivados de la misma ha tenido lugar en un momento especialmente relevante en la mayor parte de las sociedades por coincidir con fechas clave en relación a sus obligaciones contables, en concreto, las de formulación y aprobación de las cuentas anuales. No eran pocas las sociedades que tenían convocada ya la Junta General con tal fin y muchas más aquellas otras en las que el cumplimiento de los plazos legales forzaban a una inmediata convocatoria. La conjunción de lo anterior con los efectos derivados de la crisis sanitaria, la declaración del estado de alarma y la restricción de movimientos, forzaba a dar una respuesta ágil que tuvo lugar a través de los dos sucesivos Real Decreto-Ley ya citados, 8/2020 y 11/2020. No obstante, lejos de eliminar cualquier atisbo de inseguridad jurídica, del examen de este nuevo régimen jurídico de urgencia se extraen algunas dudas interpretativas que trataremos de apuntar.

El primero de los preceptos que se ocupan del ámbito societario en el Real Decreto-Ley 8/2020 (art. 40) lleva por rubrica "Medidas extraordinarias aplicables a las personas jurídicas de Derecho Privado", dividido en su redacción inicial en doce apartados al que se añade un seis bis con el Real Decreto-Ley 11/2020.

Celebración por videollamada o conferencia múltiple

El primer apartado del art. 40 es consecuencia lógica del estado de confinamiento que

venimos padeciendo desde el 16 de marzo de 2020 que aun siendo menor en estos momentos, continúa. En la redacción inicial permitía la posibilidad de que las sesiones de los órganos de gobierno y de administración, así como a sus comisiones delegadas y demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuvieran constituidas, se pudieran realizar mediante videoconferencia (y ello aunque no lo hubieran previsto sus Estatutos Sociales, dada la situación de excepcionalidad que estamos atravesando). Posteriormente, el apartado 13 de la disposición final primera del Real Decreto-Ley 11/2020 modificó el precepto introduciendo la posibilidad de que las sesiones del órgano de administración de las Sociedades, Consejo Rector de las Cooperativas y del patronato de las fundaciones, así como las Juntas o Asambleas de asociados o socios puedan celebrarse además de por el sistema de videoconferencia por conferencia telefónica múltiple, con la condición de que todos sus miembros dispongan de los medios necesarios, el Secretario reconozca su identidad y así se exprese en el acta, que se remitirá de manera inmediata a las direcciones de correo electrónico facilitadas. En concreto, la regulación final del apartado 1 ha quedado como sigue *1. Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma, las sesiones de los órganos de gobierno y de administración de las asociaciones, de las sociedades civiles y mercantiles, del consejo rector de las sociedades cooperativas y del patronato de las fundaciones podrán celebrarse por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, siempre que todos los miembros del órgano dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes. La misma regla será de aplicación a las comisiones delegadas y a las demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuviera constituidas. La sesión se entenderá celebrada en el domicilio de la persona jurídica.*

Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma, las juntas o asambleas de asociados o de socios podrán celebrarse por video o por conferencia telefónica múltiple siempre que todas las personas que tuvieran derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico.

En este sentido, este precepto no obliga a que las reuniones del órgano de gobierno deban necesariamente realizarse por medios telemáticos y fuera del lugar que constituya su domicilio social, pudiendo darse la posibilidad de que efectivamente se realicen con la asistencia "personal" de sus miembros, si bien, se podía contrarrestar dicha posibilidad, con la argumentación lógica de la prohibición genérica de desplazarse y de concentración de personas, no estando prevista como excepción a la regla general las reuniones de estos órganos (art. 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que ha sido objeto de modificación por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo).

La norma es clara consecuencia del cambio de mentalidad necesario derivado de la situación actual y del aprovechamiento de las nuevas tecnologías que en ocasiones se encontraban infrutilizadas, asumiendo ahora un novedoso protagonismo, de manera que plataformas tales como ZOOM, SKYPE EMPRESARIAL o MICROSOFT TEAMS, han pasado a ser de uso generalizado.

Algunas dudas se suscitan. Se plantea si en aquellos supuestos en los que los estatutos sociales han excluido de manera expresa la celebración de junta general o reunión del consejo de administración a través de estos sistemas, tal previsión estatutaria impide la celebración por sistemas de videoconferencia o conferencia telefónica múltiple o si el art. 40 que ahora analizamos permite reali-

zarlo. Nos inclinamos por esta segunda opción, atendiendo al carácter imperativo, ya anunciado, que caracteriza a esta regulación societaria de urgencia.

Requisitos

Las exigencias difieren cuando se trata de sesiones del órgano de administración y cuando se trata de juntas o asambleas de socios. En el primer caso se exige que *todos los miembros del órgano dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes*. En el segundo, la redacción varía al establecer como necesario que *todas las personas que tuvieran derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico*. Más cuestiones se suscitan con ello, algunas de respuesta dudosa.

En primer lugar, que se disponga de los medios necesarios entendemos debe entenderse equivalente a que se cuente con los medios técnicos adecuados para asistir a través del sistema de videoconferencia o conferencia múltiple elegido. Los problemas puntuales de conectividad que pueda sufrir un asistente o persona con derecho de asistencia no impiden, en nuestra opinión, utilizar esta vía ni la convocatoria. Todo ello sin perjuicio de que de afectar un puntual problema de conexión a algún asistente, ello pueda justificar la suspensión o interrupción si resulta relevante a efectos de quórum, bien de asistencia, bien de votación, pensando en una futura impugnación de acuerdos. Por ello, podemos considerar que, atendiendo al estado de la técnica, esta exigencia resulta baladí por ser generalizado el uso de dispositivos tales como Smartphone u ordenadores portátiles que unidos al acceso cuasiuniversal a inter-

net permiten el cumplimiento de la exigencia relativa a que se disponga por todos de los medios necesarios siempre que se empleen los que se pueden considerar como comunes u ordinarios. En todo caso, la audioconferencia será siempre el recurso último accesible a todos.

Entendemos que en la convocatoria debe precisarse que va a emplearse esta modalidad de celebración así como el concreto medio a usar, pudiéndose incluir medios subsidiarios como puede ser la audioconferencia o conferencia múltiple, para el extraordinario supuesto de que alguno de los legitimados a asistir no tengan acceso a él o para aquellos en que dificultades de conectividad impidan la asistencia de algunos de ellos, especialmente cuando ello sea relevante a efectos de quorum.

Para cerrar las cuestiones vinculadas con la convocatoria, entendemos que no hay inconveniente para la celebración de una junta universal por estos medios, bastando que, como exige el art. 178 LSC.

Secretario y acta

Mayores dudas suscitan las labores del secretario y el acta. En primer lugar, se refiere el precepto al "secretario del órgano" si bien entendemos que debe realizarse una interpretación correctora y que ha de entenderse referido al secretario de la sesión, dado que ambas figuras pueden no coincidir. Su papel resulta esencial ya que es el encargado de verificar la identidad de los asistentes, debiendo reconocerla e incluirlo en el acta. Se suscita la cuestión de cómo realizar esta labor de conocimiento al no ser la presencia física. Cuando se utilizan medios que además de la voz permitan la captación de la imagen, la labor de verificación será similar a la que se realiza en las sesiones presenciales. En cambio, cuando el medio empleado es la audiollamada, la verificación de la identidad resultará más complicada.

Le corresponde, en segundo lugar, al secretario la elaboración del acta, salvo asistencia notarial, sin que exista en este punto diferencia con el funcionamiento general. Sin embargo, aquí existe una importante variación en la regulación contenida en los párrafos primero y segundo del apartado 1 art. 40. En el caso de las *sesiones de los órganos de gobierno y de administración de las asociaciones, de las sociedades civiles y mercantiles, del consejo rector de las sociedades cooperativas y del patronato de las fundaciones* se prevé la remisión inmediata del acta a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes. En cambio, en el supuesto de las juntas o asambleas de asociados o de socios se limita a establecer la remisión automática del acta. Surgen dos dudas importantes. Por un lado, si debe estar completo el acta y concluirse la sesión con su aprobación para que pueda realizarse esta remisión automática o si, por el contrario, aunque no lo diga, el precepto está pensando en el borrador del acta. Por otro, quienes son los receptores.

En cuanto a la primera cuestión, entendemos que aunque pueda resultar complejo, el precepto se refiere de manera expresa al acta y no ha su borrador, pensando en que en estos supuestos excepcionales resulta preciso, a modo de garantía, su inmediata remisión y su aprobación al concluir la sesión, restringiendo a esta posibilidad las previstas en el art. 202 LSC. A lo sumo entendemos que podría remitirse el borrador a los efectos de su aprobación por parte de los asistentes.

Respecto a la segunda, en el caso de las reuniones del órgano de administración, de manera expresa se refiere el apartado 1º a la remisión del acta *a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes*. En cambio, en el caso de las juntas o asambleas generales, el precepto se limita a establecer la inmediata remisión *a todas las direcciones de correo electrónico*. Surgen entonces la duda de quiénes son los destinatarios. Si todos los le-

gitimados para asistir o únicamente los concurrentes, siendo un mero olvido la no acotación a estos. En principio, salvo la complejidad la segunda solución en los supuestos en los que exista un elevado número de socios, nada justifica restringir los destinatarios del acta a los asistentes de manera exclusiva.

Otra de las diferencias entre el apartado primero y segundo es la relativa al lugar de celebración. En el caso de reuniones del órgano de administración, el apartado primero se refiere expresamente a que se entenderán celebradas en el domicilio social, no diciéndose nada en el caso de las reuniones de socios. No obstante, en nuestra opinión debe darse la misma respuesta lo que permite el art. 175 in fine al establecer que *si en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social*, extendiéndose con ello la regla aplicable al caso de las sesiones del órgano de administración y de las sociedades cotizadas.

Acuerdos por escrito del órgano de administración

Como regla especial aplicable de manera exclusiva al órgano de administración, el apartado segundo del art. 40 permite que sus acuerdos puedan adoptarse, mediante votación por escrito y sin necesidad de celebrar reunión alguna (con los únicos requisitos de que así fuera decidido por el Presidente por su propia iniciativa, o por petición de, al menos, dos de los miembros del órgano de gobierno y de administración). En concreto, *Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma, los acuerdos de los órganos de gobierno y de administración de las asociaciones, de las sociedades civiles y mercantiles, del consejo rector de las sociedades cooperativas y del patronato de las fundaciones podrán adoptarse mediante votación por escrito y sin sesión siempre que lo decida el presidente y deberán adoptarse así cuando*

lo solicite, al menos, dos de los miembros del órgano. La misma regla será de aplicación a las comisiones delegadas y a las demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuviera constituidas. La sesión se entenderá celebrada en el domicilio social. Será de aplicación a todas estas acuerdos lo establecido en el artículo 100 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, aunque no se trate de sociedades mercantiles. Por lo tanto, no se exige la unanimidad para la adopción de los citados acuerdos. La sesión se entenderá celebrada en el domicilio social.

Sin embargo, surge la duda de si la no exigencia de unanimidad excluye la oposición prevista en el art. 100.2 RRM según el cual *si se tratare de acuerdos del órgano de administración adoptados por escrito y sin sesión, se expresará, además, que ningún miembro del mismo se ha opuesto a este procedimiento* o si, por el contrario, a pesar de la remisión completa dicho precepto se excluye la posibilidad de oposición. Nos inclinamos por esta segunda respuesta puesto que la adopción escrita de los acuerdos responde a la situación extraordinaria de pandemia que ha derivado en la declaración de estado de alarma y únicamente se vincula a que hayan solicitado dos miembros del órgano o decidido el presidente.

Convocatoria previa al estado de alarma

El apartado 6 del art. 40 se ocupa del caso en que la convocatoria de la Junta General se hubiera publicado antes de la declaración del estado de alarma, pero el día de celebración fuera posterior a esa declaración, el órgano de administración podrá modificarla o revocar el acuerdo de convocatoria. Para ello es necesario que se verifique *mediante anuncio publicado con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas en la página web de la sociedad y, si la sociedad no tuviera página web, en el «Boletín oficial del Estado»*. En caso de revocación del acuerdo de convocatoria, el órgano de admi-

nistración deberá proceder a una nueva convocatoria dentro del mes siguiente a la fecha de finalización del estado de alarma. En todo caso, esta facultad reside únicamente en los administradores de las Sociedades, pero no en los socios de las mismas.

Asistencia de notario

El apartado 7 cierra la regulación de la convocatoria de junta general refiriéndose a la presencia de notario. En, este apartado se dispone que el Notario que fuera requerido para que asista a una junta general de socios y levente acta de la reunión podrá utilizar medios de comunicación a distancia en tiempo real que garanticen adecuadamente el cumplimiento de la función notarial. Esta disposición es consecuencia de la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de fecha 15 de marzo de 2020, sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial (entre otras medidas, se establece que la actuación notarial se deberá desarrollar exclusivamente en su oficina notarial), desarrollada y complementada por la Circular 2/20 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado de 18 de marzo de 2020. A su vez, es lógica consecuencia de las restricciones de movimiento derivadas del estado de alarma y se encuentra en consonancia con la previsión de celebración por medios que excluyen la presencia física de los socios como es la videokonferencia o conferencia telefónica múltiple.

III. OBLIGACIONES CONTABLES

Como recordábamos antes, la crisis sanitaria y la pandemia han tenido lugar en unas fechas especialmente relevantes a efectos societarios por coincidir con un momento

posterior al cierre del ejercicio social de la mayoría de las sociedades y el periodo de formulación y aprobación de las cuentas anuales. Esto exigía una solución a la particular situación producida que diera respuesta a los problemas que se ocasionaban, ocupándose de ello los apartados 3, 4, 5 y 6 bis del art. 40 del RDL 8/2020 modificado por el RDL 11/2020.

Formulación

Comienza el apartado tercero estableciendo que *La obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social que incumbe al órgano de gobierno o administración de una persona jurídica y, cuando fuere legalmente exigible, el informe de gestión y demás documentos exigibles según la legislación de sociedades, queda suspendida hasta que finalice el estado de alarma, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. No obstante lo anterior, será válida la formulación de las cuentas que realice el órgano de gobierno o administración de una persona jurídica durante el estado de alarma pudiendo igualmente realizar su verificación contable dentro del plazo legalmente previsto o acogiéndose a la prórroga prevista en el apartado siguiente.* De esta manera, hasta que finalice el estado de alarma, se suspende el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio para su formulación. Una vez que finalice el estado de alarma, las Sociedades contarán con un nuevo plazo de tres meses para su formulación.

Como decíamos, es lógico la concesión de este plazo de tres meses teniendo en cuenta la situación excepcional que están padeciendo las empresas que están dedicando todos sus esfuerzos al mantenimiento de las mismas. No obstante, esto no supone una prohibición de formulación durante el periodo en el que dure el estado de alarma puesto añade que *no obstante lo anterior, será*

válida la formulación de las cuentas que realice el órgano de gobierno o administración de una persona jurídica durante el estado de alarma pudiendo igualmente realizar su verificación contable dentro del plazo legalmente previsto o acogiéndose a la prórroga prevista en el apartado siguiente.

Informe de auditoría

A continuación, el apartado 4 se ocupa de los supuestos en los que la declaración del estado de alarma se verificó con posterioridad a la formulación de las cuentas anuales y estaba pendiente el informe de auditoría. Según él *en el caso de que, a la fecha de declaración del estado de alarma o durante la vigencia del mismo, el órgano de gobierno o administración de una persona jurídica obligada hubiera formulado las cuentas del ejercicio anterior, el plazo para la verificación contable de esas cuentas, tanto si la auditoría fuera obligatoria como voluntaria, se entenderá prorrogado por dos meses a contar desde que finalice el estado de alarma.* Con ello, utilizando una técnica legislativa diferente puesto que no se habla de suspensión de plazos, de nuevo se está alterando el plazo de verificación contable que se prorroga hasta dos meses más allá desde el alzamiento del estado de alarma. De nuevo entendemos lógica esta previsión, derivada de la situación actual. Por otro lado, aunque no lo diga, consideramos que esto no supone una prohibición de emisión del informe de auditoría y que, igual que en el supuesto de formulación, será válido el informe que se emita durante el estado de alarma.

Aprobación

El apartado 5 altera de nuevo otro plazo esencial en relación a las obligaciones contables como consecuencia directa de lo anterior. En concreto, el de su aprobación. Según él *la junta general ordinaria para aprobar las cuentas del ejercicio anterior se reunirá necesariamente dentro de los tres meses siguientes a*

contar desde que finalice el plazo para formular las cuentas anuales. Esto supone que esta junta debe celebrarse entre el tercer y sexto mes posterior a la finalización del estado de alarma. Entendemos que nada impide que pueda celebrarse antes como podrá suceder en los casos en los que a pesar de suspenderse la obligación de formulación, la sociedad las haya formulado durante la vigencia del estado de alarma, en cuyo caso ningún sentido tiene posponer necesariamente su aprobación a una junta a celebrar tres meses después del alzamiento del estado de alarma.

Aplicación del resultado

Para concluir, el Real Decreto 11/2020 introdujo un nuevo apartado 6 bis, en relación a la Propuesta de Aplicación del Resultado, que permite a las Sociedades que ya hubieran formulado sus cuentas anuales la posibilidad de sustituir la citada Propuesta por otra, quedando obligado el órgano de administración a justificar dicha actuación con fundamento en la situación creada por el COVID-19, debiendo acompañar un nuevo Informe de Auditoría (relativo a la nueva Propuesta de Aplicación del Resultado). A su vez,, también permite el depósito de cuentas en plazo (sin esta Propuesta), si bien, con la obligación de presentar certificación complementaria, aunque la norma no especifica un plazo concreto. En concreto establece que *En relación con la propuesta de aplicación del resultado, las sociedades mercantiles que, habiendo formulado sus cuentas anuales, convoquen la junta general ordinaria a partir de la entrada en vigor de la presente disposición, podrán sustituir la propuesta de aplicación del resultado contenida en la memoria por otra propuesta. El órgano de administración deberá justificar con base a la situación creada por el COVID-19 la sustitución de la propuesta de aplicación del resultado, que deberá también acompañarse de un escrito del auditor de cuentas en el que este indique que no habría modificado su opinión de auditoría*

si hubiera conocido en el momento de su firma la nueva propuesta. Tratándose de sociedades cuya junta general ordinaria estuviera convocada, el órgano de administración podrá retirar del orden del día la propuesta de aplicación del resultado a efectos de someter una nueva propuesta a la aprobación de una junta general que deberá celebrarse también dentro del plazo legalmente previsto para la celebración de la junta general ordinaria. La decisión del órgano de administración deberá publicarse antes de la celebración de la junta general ya convocada. En relación con la nueva propuesta deberán cumplirse los requisitos de justificación, escrito de auditor de cuentas señalados en el párrafo anterior. La certificación del órgano de administración a efectos del depósito de cuentas se limitará, en su caso, a la aprobación de las cuentas anuales, presentándose posteriormente en el Registro Mercantil certificación complementaria relativa a la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado.

Llama la atención en esta norma que se exija un nuevo informe del auditor en relación a la propuesta de sustituir la aplicación del resultado cuando esa valoración no forma parte del informe de auditoría que no se refiere a ello.

IV. SOCIEDADES COTIZADAS

Por su parte, el art. 41 del citado Real Decreto Ley 9/2020 contiene las especialidades relativas al funcionamiento de los órganos de administración de las Sociedades Anónimas Cotizadas. A diferencia con las particularidades y reglas especiales previstas en el art. 40 vinculadas temporalmente al estado de alarma y su duración, el art. 41 comienza anticipando que las medidas que se prevén se aplicarán durante este año 2020, entre las que podemos destacar las siguientes: previ-

sión de que la asistencia a la Junta General se realice mediante medios telemáticos y el voto a distancia, así como la posibilidad de celebración de la misma en cualquier lugar del territorio nacional.

En el caso de que como consecuencia de la declaración del estado de alarma y de las medidas impuestas por las autoridades competentes no se pudiera celebrar la Junta General en el lugar y sede física contenidos en la convocatoria, el art. 41.1.d), dispone: a) si se hubiera constituido válidamente en dicho lugar y sede, podrá acordarse por la Junta, su continuación, en el mismo día, en otro lugar y sede dentro de la misma provincia, estableciendo un plazo para el traslado de los asistentes (si bien, y tal como he mencionado con anterioridad, se puede contrarrestar dicha posibilidad, con la argumentación lógica de la prohibición genérica de desplazarse, no estando prevista como excepción a la regla general (art. 7 del Real Decreto 463/20, de 14 de marzo, que ha sido objeto de modificación por el Real Decreto 465/2.020, de 17 de marzo).

Si la Junta General no pudiera celebrarse, cabe la posibilidad de una convocatoria, vía telemática (sin asistencia física de los socios o de sus representantes, siempre que esté suficientemente garantizada su participación en la forma que se establece en el indicado precepto).

Respecto a la formulación de Cuentas, se extiende el plazo para presentar el Informe de Auditoría por dos meses a contar desde la finalización del vigente estado de alarma, tanto a las obligatorias como a las voluntarias (es decir, cuando se haya designado por la Sociedad, aunque se encuentre incurso en las causas de excepción previstas en el art. 263.2 de la Ley de Sociedades de Capital o cuando el experto haya sido designado a instancia de un socio, a tenor de lo establecido en el art. 265.2 de la LSC).

El apartado 14 de la Disposición final primera del RDL 11/2014 modificó este precepto estableciendo que serán válidos los acuerdos del Consejo de Administración y de la Comisión de Auditoría, cuando fueran adoptados por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple (siempre que todos los consejeros dispongan de los medios necesarios para ello, el Secretario reconozca su identidad). Si se cumplen con estos requisitos la sesión se considerará única y celebrada en el lugar del domicilio social.

V. DERECHO DE SEPARACIÓN

El apartado 8 del art. 40 RDL 8/2020, suspende el ejercicio del derecho de separación del socio puesto que no podrá ser ejercitado. En concreto, *aunque concurra causa legal o estatutaria, en las sociedades de capital los socios no podrán ejercitar el derecho de separación hasta que finalice el estado de alarma y las prórrogas del mismo que, en su caso, se acuerden.*

Es ésta una regla especial frente a la general contenida en el art. 348.2 LSC según la cual *el derecho de separación habrá de ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación.*

Dejando a un lado las cuestiones vinculadas con la efectiva utilidad y justificación de esta medida, la cuestión que se plantea es los efectos de esta prohibición. ¿Se trata de una suspensión del plazo de ejercicio del derecho? Una vez que finalice el estado de alarma, ¿con qué plazo cuenta el socio para ejercitar ese derecho? Entendemos que, siguiendo la estela de lo previsto en el apartado 3 respecto a la obligación de formulación de las cuentas anuales, esta norma ha de in-

terpretarse en el sentido de considerar que una vez alzado el estado de alarma el plazo comienza a computarse de nuevo, esto es, que el socio contará con un plazo de un mes para ejercitar su derecho de separación.

En todo caso, esta regla no se vincula con el nacimiento de la causa legal de separación que podrá ser previa al estado de alarma o posterior. La única alteración será en cuanto a su ejercicio.

VI. REINTEGRO DE APORTACIONES

Para evitar la asfixia económica de las cooperativas, el apartado 9 art. 40 RDL 8/2020, prorroga el reintegro de las aportaciones a los socios cooperativos que causen baja durante la vigencia del estado de alarma hasta que transcurran seis meses a contar desde que finalice el estado de alarma. Con ello no se está prohibiendo a los socios cooperativistas causar baja de la cooperativa, afectando únicamente al reintegro de las aportaciones.

VII. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD

El art. 40 RDL 8/2020 establece unas particularidades para los supuestos en los que concurra causa de disolución de la sociedad, tanto de pleno derecho como se causa legal o estatutaria. Este precepto debe completarse con el art. 18 del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

1. Expiración del término de duración

Comienza el apartado 10 con la causa de separación de pleno derecho prevista en el art. 360 1. a) LSC, estableciendo en el caso de que, durante la vigencia del estado de alarma, transcurriera el término de duración de la sociedad fijado en los estatutos sociales, no se producirá la disolución de pleno derecho hasta que transcurran dos meses a contar desde que finalice dicho estado.

Se refiere la norma al supuesto en que la expiración del término tenga lugar durante la vigencia del estado de alarma. En consecuencia, nada impide la disolución de pleno derecho cuando el transcurso del término hubiera tenido lugar antes del 14 de marzo de 2020.

Su efecto es establecer un plazo adicional que alcanza hasta los dos meses posteriores al levantamiento del estado de alarma para inscribir la prórroga de la sociedad y, con ello, evitar la disolución de pleno derecho. Todo ello en consonancia, con las limitaciones y efectos derivados del estado de alarma.

2. Causa legal o estatutaria de separación

Íntimamente vinculado con los deberes de los administradores, el apartado 11 del art. 40 RDL 8/2020 y el art. 18 RDL 16/2020 establece unas particularidades para los supuestos en los que concurra causa legal o estatutaria de separación.

Desde el punto de vista sustantivo, el artículo 18 del RDL 16/2020 bajo la rúbrica, suspensión de la causa de disolución por pérdidas, modula la apreciación de esta causa de disolución al excluir el cómputo de las pérdidas del 2020 estén o no derivadas de manera directa o indirecta de la situación de pandemia. En concreto establece que *1. A los solos efectos de determinar la concurrencia de*

la causa de disolución prevista en el artículo 363.1 e) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, no se tomarán en consideración las pérdidas del presente ejercicio 2020. Si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de Junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio del deber de solicitar la declaración de concurso de acuerdo con lo establecido en el presente Real Decreto-Ley.

En segundo lugar, según el art. 40 apdo.11, en caso de que, antes de la declaración del estado de alarma y durante la vigencia de ese estado, concurra causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad, el plazo legal para la convocatoria por el órgano de administración de la junta general de socios a fin de que adopte el acuerdo de disolución de la sociedad o los acuerdos que tengan por objeto enervar la causa, se suspende hasta que finalice dicho estado de alarma.

Esta regla especial, destinada a perfilar los deberes de los administradores ante la concurrencia de causa de disolución, con clara diferencia a lo recogido en el apartado 10, abarca a los supuestos en los que la causa de disolución concurre tanto durante la vigencia del estado de alarma como con anterioridad. No obstante, ha de realizarse alguna precisión. La norma suspende el plazo de dos meses previsto en el art. 365.1 LSC para convocar la junta general. En el caso de que la causa de disolución concudiese antes del estado de alarma y ya hubiese expirado

este plazo de dos meses, el apartado 11 no puede suponer el renacimiento de un nuevo plazo legal a los efectos del cumplimiento de la obligación legal de convocar junta general que recae sobre los administradores. En segundo lugar, se plantea que acontece con el plazo suspendido, si una vez alzado el estado de alarma se reanuda o comienza a computarse de nuevo. Entendemos que este comenzará a computarse de nuevo desde el principio, por lo que el plazo de para convocar la junta será de dos meses desde que cese el estado de alarma.

Como corolario a estas reglas, el art. 43 suspendía el plazo de solicitud de concurso impuesto en el art. 365.3 LSC. Dicho precepto fue derogado por la disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 16/2020 que recoge la regulación de alarma en relación a la declaración de concurso que sustituye al precepto que derogaba, estableciendo, *1. Hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente para la declaración de este la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.*

2. Hasta el 31 de diciembre de 2020, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde la declaración del estado de alarma. Si antes del 31 de diciembre de 2020 el deudor hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá ésta a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario.

3. Si antes del 30 de septiembre de 2020 el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta

anticipada de convenio, se estará al régimen general establecido por la ley.

VIII. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

El apartado 12 cierra el art. 40 RDL 8/2020 con una regla claramente dirigida a modular la responsabilidad de los administradores correlativa a la contenida en el apartado 11. Según ella, *si la causa legal o estatutaria de disolución hubiera acaecido durante la vigencia del estado de alarma, los administradores no responderán de las deudas sociales contraídas en ese periodo.*

Son varias las justificaciones que pueden darse a esta previsión, todas ellas vinculadas con los efectos económicos y sociales vinculados con la pandemia y el estado de alarma, la crisis económica que lleva anudada, la necesidad de adoptar decisiones empresariales y comerciales con escaso margen de valoración y reflexión y, en muchos casos, sin contar con experiencia previa en situaciones similares. Ante ello, ha optado el legislador de urgencia por establecer esta regla que genera importantes dudas interpretativas.

En primer lugar, el criterio temporal varía claramente respecto al seguido en el apartado 11 RDL 8/2020 y el art. 18 RDL 16/2020. En el primero, suspende el plazo de convocatoria de junta general ante la concurrencia de causa de disolución tanto durante el estado de alarma como con anterioridad. En el art. 18 RDL 16/2020, excluye para la apreciación de la concurrencia de causa de disolución las pérdidas del ejercicio de 2020. Sin embargo, el apartado 12 se restringe a los supuestos en los que las causas legales o estatutarias de disolución concurren durante la vigencia del estado de alarma. Por lo tanto, no se

aplica a los supuestos en que sobrevenga la causa de disolución tras el cese del estado de alarma, lo que en todo caso resultaría estéril por responderse con carácter general únicamente de las deudas posteriores a la concurrencia de la causa de disolución que por definición no habrían nacido durante el estado de alarma, ni cuando la causa concurrió previamente a su inicio. En este segundo caso, la responsabilidad de los administradores alcanzará a todas las deudas posteriores a la concurrencia de la causa de disolución sin limitación alguna, esto es, incluidas las nacidas durante la vigencia del estado de alarma.

En segundo término, limita las deudas de las que no responden los administradores a las *deudas sociales contraídas en ese periodo*, esto es, durante el estado de alarma. No abarca a las posteriores derivadas de la pandemia ni de las consecuencias del estado de alarma puesto que para la delimitación de las deudas excluidas se utiliza un término exclusivamente temporal y no causal.

Sin embargo, la cuestión más relevante es el alcance que ha de darse a la "no responsabilidad". Se plantea si se trata de una exoneración total de responsabilidad, como una especie de amnistía anticipada, o si está condicionada al ulterior cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concurrencia de la causa de disolución. La cuestión es de alta relevancia. En el primer caso, aunque los administradores tras el levantamiento del estado de alarma no cumplan su obligación de

convocar junta general o, en su caso, instar la disolución judicial en el plazo de dos meses conforme establece el art. 40.11 RDL 8/2020 en relación con el art. 365.1 LSC, su responsabilidad nunca se extenderá a las deudas nacidas durante el periodo de alarma. En el segundo, que es por el que nos inclinamos, esta regla ha de interpretarse conjuntamente con la del apartado 11 de manera que únicamente cuando se cumplen las obligaciones legales en plazo, esto es, se convoca junta o se insta la disolución judicial en el plazo de dos meses desde el cese del estado de alarma, no serán responsables los administradores de las obligaciones sociales nacidas durante el estado de alarma. El deber de los administradores ante la concurrencia de causa de disolución continúa y no se excluye como consecuencia del decreto de alarma. Lo único que se establece es un plazo adicional para el cumplimiento de sus obligaciones. Por ello, de cumplirlas, se le exonera de todas las deudas. Pero de no verificarlo, la responsabilidad es total y abarca a todas las posteriores a la concurrencia de la causa de disolución.

Sin duda, más allá de las dudas interpretativas expuestas, el mayor problema que va a conllevar la aplicación de este precepto será la efectiva acreditación de que la concurrencia de la causa de disolución tuvo lugar durante la duración del estado de alarma respecto a lo que surgen otras dudas que dejamos para otra ocasión, como es sobre quién recae la carga de la prueba o si puede entrar en juego alguna presunción al respecto.