

EL DERECHO DE SOCIEDADES DURANTE EL COVID-19

Jesús Quijano González
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

Sumario

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

II. LAS MEDIDAS EXTRAORDINARIAS INICIALES PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS SOCIETARIOS

1. *El precedente inmediato del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo*
2. *El contenido de las medidas en el Real Decreto-ley 11/20, de 31 de marzo*
 - 2.1 *Las medidas comunes para personas jurídicas de Derecho Privado*
 - 2.2 *Las medidas especiales para sociedades cotizadas*

III. EVOLUCIÓN POSTERIOR, HASTA LA SITUACIÓN ACTUAL

IV. CONSIDERACIÓN PARTICULAR DE OTRAS MEDIDAS SOCIETARIAS

1. *En relación con la separación y disolución*
2. *En relación con las cuentas anuales y la aplicación del resultado*

Resumen

La grave pandemia derivada de la expansión del COVID-19 ha provocado, en todos los ámbitos jurídicos, la necesidad de hacer frente a situaciones extraordinarias con medidas excepcionales. Así ha ocurrido también en el Derecho de Sociedades, donde el sistema de funcionamiento de sus órganos ha sido objeto de diversas modificaciones en cuanto a los plazos, requisitos, modalidades de adopción de acuerdos etc., con el fin de facilitar su funcionamiento telemático. El proceso de reformas ha culminado con la regulación, ya como modalidad ordinaria, de la junta íntegramente telemática en las sociedades de capital. También otros aspectos societarios, como el ejercicio del derecho de separación de los socios, la disolución de la sociedad, el proceso de elaboración de las cuentas anuales y la aplicación del resultado del ejercicio, se han visto también notablemente afectados.

Palabras clave: *Órganos sociales, junta general, consejo de administración, funcionamiento telemático, derecho de separación, disolución de la sociedad, cuentas anuales, aplicación del resultado.*

Summary

The serious pandemic derived from the expansion of COVID-19 has provoked, in all legal fields, the need to face extraordinary situations with exceptional measures. This has also occurred in Company Law, where the system of operation of its bodies has been subject to various modifications in terms of deadlines, requirements, modalities of adoption of agreements etc., in order to facilitate its telematic operation. The reform process has culminated in the regulation, now as an ordinary modality, of the fully telematic meeting in capital companies. Other corporate aspects, such as the exercise of the shareholders' right of separation, the dissolution of the company, the process of drawing up the annual accounts and the application of the profit for the year, have also been significantly affected.

Keywords: *Corporate bodies, general meeting, board of directors, telematic operation, right of separation, dissolution of the company, annual accounts, appropriation of profits.*

I. INTRODUCCION Y ANTECEDENTES

La declaración del estado de alarma en España, por Real Decreto de 14 de marzo de 2020, derivado de la expansión de la pandemia del COVID-19, produjo un impacto sin precedentes sobre el conjunto del ordenamiento jurídico, principalmente manifestado en la adopción de medidas excepcionales de todo tipo y prácticamente en todos los sectores jurídicos. Algunas de ellas se extinguieron por el paso del tiempo, otras han sido sustituidas por nuevas medidas, otras permanecen vigentes o prorrogadas y siguen produciendo efectos en muy distintos ámbitos.

En la perspectiva que aquí interesa, que es la del Derecho de las sociedades mercantiles, ha ocurrido que las medidas limitativas de la movilidad y la presencia física han tenido un especial impacto sobre la forma tradicional de llevanza de los procedimientos a través de los cuales se adoptan decisiones y acuerdos corporativos, lo que se ha convertido en ocasión propicia para que posibles alternativas de funcionamiento digitalizado hayan experimentado un avance considerable. Esa forma tradicional estaba basada en la reunión y participación presencial, como es bien conocido, en el funcionamiento orgánico, y esa modalidad es la que se ha visto especialmente afectada como consecuencia de la pandemia, y también teniendo en cuenta, como elemento favorecedor, del proceso de digitalización que ya se había producido anteriormente y que se ha visto notablemente reforzado.

En un primer momento, los Reales Decretos-Leyes, de 17 y 31 de marzo de 2020, establecieron un conjunto de medidas excepcionales con incidencia societaria, aunque no todas estaban relacionadas con el funcionamiento de los órganos sociales, ni todas las que se refieren a este aspecto fueron exactamente medidas de digitalización propiamente dichas. Por un lado, había medidas relativas, por ejemplo, al derecho de separación de los socios, o a las causas de disolución de la sociedad, que sólo tangencialmente afectan al funcionamiento orgánico; pero, por otro lado, las principales medidas específicas iban dirigidas a interrumpir y suspender plazos de adopción de ciertas decisiones o acuerdos, sea del órgano de administración, sea de la junta general, y a remitirlas, habilitando nuevos plazos, a un momento posterior, cuando, finalizado el estado de alarma, volviera a ser posible la movilidad y la aplicación de las reglas habituales de funcionamiento presencial de los órganos sociales.

Como ya se ha indicado, el avance digital en las sociedades mercantiles venía teniendo un desarrollo previo, aunque ciertamente asimétrico. En las sociedades de capital no cotizadas se contemplaba, expresamente para las sociedades

limitadas, la posibilidad de constitución telemática, apoyada en la utilización de estatutos-tipo, ya en un Real Decreto-Ley, de 3 de diciembre de 2010, que recogía el precedente del DUE (Documento Único Electrónico) y que luego resultó actualizado por la Ley de 27 de septiembre de 2013, de apoyo a los emprendedores. Esta será también la orientación que quede reforzada cuando se produzca la trasposición de la Directiva de 20 de junio de 2019, sobre utilización de herramientas y procesos digitales, que configura como materias objeto de la digitalización la constitución on line de sociedades (pero sólo de sociedades limitadas, como lo especifica el Anexo II bis), con una especial atención a la difusión telemática de situaciones de inhabilitación que puedan afectar al nombramiento de administradores, la presentación on line de documentos e información societaria, con apoyo en el sistema de interconexión registral, y el registro on line de sucursales de sociedades de un Estado miembro en otro. Tampoco para las sociedades no cotizadas es obligatoria la página web, prevista en el artículo 11 bis de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), aunque su disponibilidad se halle cada vez más extendida por las facilidades que ofrece para la publicidad de numerosos anuncios societarios (el de convocatoria de la junta, en el artículo 173, es quizá el más habitual y significativo); o, en fin, algo similar ocurre con la posibilidad de asistencia telemática a la junta general y delegación o ejercicio del derecho de voto a distancia, prevista sólo para las sociedades anónimas y con carácter facultativo, siempre que haya previsión estatutaria al respecto (artículos 182 y 189), mientras que la reunión virtual del consejo de administración (mediante la fórmula de la “votación por escrito y sin sesión” del artículo 248, 2) también está prevista solamente en las sociedades anónimas y cuando ningún consejero se oponga a ese procedimiento.

Por obvios motivos, el nivel alcanzado por el proceso de digitalización en las sociedades cotizadas es mucho más elevado, habiendo adquirido grados de obligatoriedad en aspectos muy relevantes del funcionamiento societario. Baste recordar que el carácter obligatorio de la página web (artículos 11 bis y 539 de la LSC), que ha ido acercando su naturaleza hacia un verdadero domicilio electrónico, permite canalizar a su través muchas de las exigencias de publicidad que recaen sobre estas sociedades y de cumplimiento de medidas de transparencia que les son legalmente requeridas. Así, la convocatoria de la junta general, en el artículo 516; la difusión de la información necesaria previa a la junta, en el artículo 518; la publicación del resultado de las votaciones, en el artículo 525; la habilitación de un “foro electrónico de accionistas”, en el artículo 539; la publicación de los Informes anuales de gobierno corporativo, sobre remuneraciones de los consejeros (artículos 540 y 541), así como la Información no financiera, que comprende la “responsabilidad social corporativa”, prevista en la Ley de 28 de diciembre de 2018, son, en su conjunto, una buena muestra de la función que cumple la página web de la sociedad cotizada como soporte de información y como instrumento para la observancia de los deberes de publicidad y transparencia citados.

Más aún, la trasposición de la Directiva de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, por Ley de 1 de agosto de 2011, introdujo en el artículo 521 de la LSC la posibilidad de participación a distancia de los accionistas en la junta general, remitiendo a los estatutos sociales la fijación de la fórmula a emplear, que podía ser alguna o todas las mencionadas (transmisión en tiempo real de la junta; comunicación bidireccional también en tiempo real para que el accionista pudiera dirigirse a la junta desde un lugar distinto al de su celebración; ejercicio del voto antes o durante la junta sin presencia física del socio, ni de un representante). Ese era el mandato de la citada Directiva, que recogía tanto la participación en la junta por medios electrónicos (artículo 8), como el voto por correo antes de la junta (artículo 12). Más recientemente, la Directiva ha sido modificada por la de 17 de mayo de 2017, conocida como de “fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas”, que, aún sin afectar directamente a la participación por medios electrónicos, establece diversas obligaciones de transparencia y publicidad de las políticas de implicación de inversores institucionales y gestores de activos, así como de la actuación de los asesores de voto, y también de los informes requeridos a las sociedades sobre política de retribuciones y sobre operaciones con partes vinculadas, obligaciones que, con carácter general, deben cumplirse a través de los sitios web correspondientes.

Este es, en síntesis, el estado actual del proceso de digitalización en el funcionamiento de las sociedades mercantiles en nuestro ordenamiento, que convenía tener presente para valorar de forma adecuada las medidas, generalmente temporales y transitorias, que la normativa de urgencia ha introducido durante el estado de alarma, tal como se expone a continuación.

II. LAS MEDIDAS EXTRAORDINARIAS INICIALES PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS SOCIETARIOS

En un breve plazo de tiempo, una vez decretado el estado de alarma, se dictaron por dos veces medidas de urgencia de muy distinto alcance y naturaleza; primero por Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, después por Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo. Sin embargo, en el caso de las medidas que afectan al funcionamiento de las sociedades mercantiles, las medidas eran materialmente las mismas, ya que la segunda de las dos disposiciones citadas lo que hizo fue simplemente modificar el texto de los dos preceptos (artículos 40 y 41) de la primera disposición, donde se contenían las medidas que aquí interesan.

Posteriormente, un nuevo Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, ha incorporado nuevas medidas relacionadas con la Administración de Justicia, pero su contenido es casi exclusivamente concursal, con una única regla societaria en materia de disolución por pérdidas, a la que se hará referencia en el momento

oportuno; pero muchas otras disposiciones, primero de urgencia y luego convertidas en norma legal, además de las enmiendas introducidas en leyes societarias de otra finalidad, han venido a sumarse a aquel punto de partida inicial, que conviene considerar en primer lugar para percibir mejor el sentido de la evolución que ha tenido lugar posteriormente.

1. El precedente inmediato del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo

La primera introducción de medidas con incidencia sobre el funcionamiento societario, tras la declaración del estado de alarma, se produjo en esta disposición, que contenía “medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19”; concretamente, sus artículos 40 y 41, ubicados en el Capítulo V, titulado “otras medidas de flexibilización”, recogían respectivamente las medidas extraordinarias aplicables a las personas jurídicas de Derecho privado y al funcionamiento de los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas, que aquí simplemente se exponen de manera sintética, ya que su desarrollo en detalle se efectúa después, al examinar el contenido de las medidas en el texto que sustituyó a este precedente.

El artículo 40 ofrecía, en primer lugar, la posibilidad de celebrar sesiones por videoconferencia y de adoptar acuerdos mediante votación escrita y sin sesión a los órganos de gobierno y de administración de asociaciones y sociedades civiles y mercantiles, a los consejos rectores de las cooperativas y a los patronatos de las fundaciones; a la vez, suspendía el plazo para formular las cuentas anuales, prorrogaba, en su caso, el de la verificación contable, y, en consecuencia, remitía la junta general ordinaria a un momento posterior, modificando o revocando la convocatoria, y habilitando la presencia virtual del notario; además, quedaba impedido el ejercicio del derecho de separación de los socios, neutralizada la disolución de pleno derecho por transcurso del término, suspendido el plazo de convocatoria de junta por causa de disolución y enervada temporalmente la responsabilidad de los administradores por deudas sociales.

El artículo 41, por su parte, referido en exclusiva a las sociedades cotizadas, ampliaba los plazos para remitir informes a la CNMV y para celebrar la junta general ordinaria, añadiendo un amplio detalle sobre celebración telemática y previsiones en la convocatoria para asistencia y voto a distancia de los accionistas y validando los acuerdos del consejo y de la comisión de auditoría, que fueran necesarios, cuando se adoptaran por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple.

Pronto se percibió que las medidas aprobadas planteaban algunos problemas interpretativos en cuanto a su alcance y adolecían de algunas ausencias sobre aspectos necesarios de prever, sin duda a causa de la urgencia con que habían sido concebidas, lo que motivó la inmediata reforma de los citados preceptos, que adquirieron nueva formulación en el siguiente Real Decreto-Ley de medidas urgentes, calificadas como complementarias, que se analiza a continuación.

2. El contenido de las medidas en el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo

Como ya se ha indicado, las medidas de urgencia que afectan al funcionamiento orgánico societario se presentaban distribuidas en dos ámbitos: el que agrupa al conjunto de las personas jurídicas de Derecho privado, donde se incluyen las que atañen a las sociedades mercantiles de cualquier tipo, indistintamente a las anónimas y limitadas, y el referido en exclusiva a las sociedades cotizadas. Tal técnica, que no difiere de la que utiliza la Ley de Sociedades de Capital para regular las especialidades de la sociedad cotizada, declarando aplicables como normas supletorias en lo no previsto las que regulan la sociedad anónima (artículo 495), hace que lo dispuesto en el artículo 40 cumpla esa misma función respecto del artículo 41, que es la norma especial de aplicación preferente frente a la norma general. Todo ello, en el ámbito temporal que tienen el conjunto de las medidas, como excepcionales que son, destinadas a perder vigencia cuando cese el estado de alarma o, en su caso, transcurran los plazos que se prevén para cumplir las obligaciones relativas al funcionamiento orgánico en estas sociedades, momento en que el “derecho ordinario” debería recuperar el vigor normativo que le corresponde, sin perjuicio de la permanencia más definitiva de alguna de aquellas medidas y de la necesidad de alguna previsión transitoria para ordenar el paso de lo extraordinario a lo normal.

2.1. Las medidas comunes para personas jurídicas de Derecho privado

Las primeras medidas extraordinarias relativas al funcionamiento de esas que el artículo 40 del Real Decreto-Ley considera personas jurídicas de Derecho privado están contenidas en sus dos primeros apartados y se refieren precisamente a la forma en que sus órganos pueden celebrar sesión y adoptar acuerdos. La norma es válida, como ya se indicó, para asociaciones, sociedades civiles, cooperativas y fundaciones, pero aquí analizamos en exclusiva su aplicación en las sociedades mercantiles y, más en concreto, en las sociedades de capital, que son las principalmente afectadas.

En el caso de las sociedades mercantiles de capital, sean anónimas o limitadas, tras la nueva redacción del precepto, la expresión “órganos de gobierno y de administración” abarca exclusivamente a la variante organizativa, como órgano colegiado, que es el **consejo de administración**, pues hay una previsión específica para la junta general, lo que hace innecesario incluirla forzosamente en aquel rótulo genérico, y, por otro lado, las otras formas de organizar la administración societaria que contempla el artículo 210 de la LSC (administrador único, dos o más solidarios, dos o más conjuntos, con el límite, en este caso, que obliga a constituir consejo si son más de dos conjuntos en la anónima) no requieren, por su propia naturaleza, celebración de sesiones, que es justamente lo que el precepto trata de resolver.

Lo que permitía el precepto, en concreto, era una **doble posibilidad en cuanto al funcionamiento del órgano colegiado: celebrar sesiones a distancia, sea por**

videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, y adoptar acuerdos por escrito y sin sesión. Cada una de las dos fórmulas tiene sus peculiaridades, pero también algunos **aspectos comunes** que conviene precisar brevemente.

Ante todo, ambas opciones aparecen formuladas como potestativas, y no necesariamente como alternativas, ya que pueden acumularse y combinarse; lo que hace la norma es habilitar ambas posibilidades, sin que una excluya a la otra, pues cabe perfectamente que un mismo consejo de administración utilice sucesivamente ambas, en distintos momentos, si las circunstancias lo aconsejan o si resulta más útil, más ágil o más eficaz, en el caso concreto, siempre que se cumplan los requisitos que se exigen en cada supuesto. Además, ambas posibilidades derivan directamente de la habilitación legal, sin necesidad de ninguna otra legitimación, estatutaria o reglamentaria, y por ello el artículo 40, en ambos caos, encabeza su dicción con el mismo inciso (“aunque los estatutos no lo hubieran previsto”), señal inequívoca de la voluntad legal de habilitación directa, que debería primar incluso si en los estatutos hubiera una previsión en contrario respecto de alguna de esas fórmulas. Finalmente, se trata de una medida transitoria, vinculada al estado de alarma y, por tanto, exclusivamente vigente durante el transcurso de ese periodo, que abarca el inicial y las sucesivas prórrogas que puedan acordarse; esa era, al menos, la previsión inicial, que, levantado ese estado, la norma debería decaer automáticamente, sin necesidad de derogación expresa, volviendo a aplicarse el régimen ordinario, que sigue vigente. Ahora bien, con posterioridad a la primera aprobación y a la reforma posterior de la medida, el nuevo Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, que contiene medidas urgentes en previsión del levantamiento del estado de alarma y acceso a la denominada “nueva normalidad”, ha venido a establecer un plazo tope de vigencia de la medida excepcional de celebración de sesiones, que estará vigente ya no sólo, como lo estaba, durante el estado de alarma, sino también, una vez finalizado el mismo, hasta el 31 de diciembre de 2020. Pero no ha sido ese el punto final; más adelante, como luego se analizará al dejar constancia de la situación actual, no sólo se han prorrogado algunas medidas, sino que la celebración íntegramente telemática de la junta general ha terminado por convertirse en norma ordinaria que ya forma parte del régimen general societario.

Tras estos aspectos comunes, procede examinar cada una de las dos opciones indicadas, ya que cada una tiene algunos aspectos particulares.

La **primera opción** consiste en poder **celebrar sesión “por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple**, siempre que todos los miembros del órgano dispongan de los medios necesarios”. En la versión inicial sólo se mencionaba la videoconferencia y no la conferencia telefónica múltiple, ni aparecía la exigencia de disponibilidad de medios de todos los miembros. Por “medios necesarios” habría que entender los que, conforme al estado de la técnica, estén al alcance de los interesados con una capacidad suficiente de transmisión y recepción, siendo conveniente que la convocatoria de la sesión lo especifique, incluso facilitando un

enlace para la conexión, y asegurando la disponibilidad y el correcto funcionamiento de la comunicación por parte de la sociedad. En todo caso, cualquier eventual fallo de conexión, o de interrupción de la comunicación durante la sesión, no debiera afectar a su validez, si no es determinante para el quorum de constitución o para la mayoría de votación, con posibilidad de invocar la “prueba de resistencia” si fuere necesario. Para mayor garantía de autenticidad de la sesión, lo que el texto modificado añadió fue que el secretario del órgano reconociera la identidad de cada uno, expresándolo así en el acta, debiendo además remitir de inmediato dicho acta a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes. Finalmente, la regla establecida para las sesiones del consejo es de aplicación en sus propios términos a las comisiones delegadas (lo que parece estar pensando en las comisiones ejecutivas), ya que a continuación se mencionan las “demás comisiones obligatorias o voluntarias” que estuvieran constituidas. Con una precisión final: que la sesión, lo que valdría para todos los supuestos, se entiende celebrada en el domicilio de la persona jurídica, que es el que conste en los estatutos registrados de la sociedad.

La **segunda opción** es la posibilidad de **adopción de acuerdos por escrito y sin sesión**, a que se refiere el apartado 2 del artículo 40, y previsto de antes en el artículo 248, 2 de la LSC para las sociedades anónimas, entendiéndose que queda comprendido ahí cualquier supuesto de forma escrita, documental o electrónica, remitida por correo, fax, burofax, mail etc. con firma electrónica, escaneada etc., siempre que ofrezca garantías suficientes de identificación y autenticidad. También a esta opción, el mismo Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, ha ampliado el plazo, una vez levantado el estado de alarma, hasta el 31 de diciembre de 2020, sin perjuicio de las normas de prolongación posteriores.

Especial interés suscita la distinta fórmula con que se ofrecen las dos opciones, pues así como la opción anterior se formula como una pura habilitación facultativa, sin más, aquí la opción se presenta bajo dos variantes: primero, como una posibilidad cuya utilización queda a la decisión del presidente, de manera que la habilitación, aunque deriva directamente de la norma y no necesita previsión estatutaria, sí requiere en este caso un acto de voluntad unilateral del presidente del consejo para que pueda aplicarse; segundo, como opción que pueden imponer dos miembros, al menos, de los miembros del órgano, de manera que si lo solicita ese número, sea cual sea el total de componentes, se hace obligatoria la votación por escrito y sin sesión. Por lo demás, la regla excepcional es igualmente aplicable a toda sociedad de capital, limitada o anónima, sin que durante su vigencia pueda en las anónimas prevalecer la regla ordinaria que impide usarla si uno sólo se opone; y, como en la otra opción, la aplicación se extiende a las demás instancias colegiadas (comisión ejecutiva, comisiones delegadas etc.). Añade también el precepto que “la sesión se entiende celebrada en el domicilio social”; pero en este caso no hay sesión, sino sólo adopción de acuerdo por escrito, precisamente sin sesión, por lo que habrá que entender que es el acuerdo lo que se entiende

adoptado, y no la sesión celebrada, en el domicilio social. Finalmente, el artículo 40, 2, contiene una remisión expresa al artículo 100 del Reglamento del Registro Mercantil, en el que se recogen un conjunto de interesantes precisiones sobre la adopción de acuerdos sin sesión, sea por correspondencia o por otro medio.

Para la **junta general** se contenía una previsión expresa para posibilitar su celebración por video o por videoconferencia telefónica múltiple, no mediante la votación de acuerdos por escrito y sin sesión. También aquí el nuevo Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, antes citado, ha habilitado las opciones telemáticas no sólo durante el estado de alarma, sino también, una vez finalizado, hasta el 31 de diciembre de 2020. Hay luego, en el artículo 40, 5, en el contexto de la formulación y aprobación de las cuentas anuales, otra regla especial, relativa al plazo y momento de celebración de la junta general ordinaria, y en el 40, 6, otra regla particular sobre la convocatoria, a las que luego se hará referencia.

La opción habilitada se formula con las mismas condiciones que en el caso del consejo de administración; esto es, que todas las personas que tengan derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, alternativa que supone que el socio que, aunque tenga derecho de asistencia, no va a asistir, pero va a estar representado, no necesitaría disponer él mismo de los medios necesarios, siempre que los tenga el representante, ya que se trata de que disponga de ellos quien vaya a participar en la sesión virtual, sea visual o telefónica; pero la disponibilidad que se exige, de socios o representantes, es general, y no bastaría que la tuviera un número de socios con capital suficiente para integrar el quorum necesario, a la vista de los asuntos del orden del día; también el secretario del órgano (de la sesión, como ya se advirtió) habrá de reconocer la identidad de asistentes y representantes, lo que resultará de interés para la comprobación del quorum, al igual que la lista de asistentes, expresándolo en el acta, y remitiéndola de inmediato a las direcciones de correo electrónico. Igualmente se reitera también aquí que la celebración virtual está habilitada por la norma, aunque no haya previsión estatutaria, que tal habilitación opera durante el estado de alarma, y que, si se requiriera presencia del notario para que asista y levante acta de la reunión, podrá hacerlo utilizando medios de comunicación a distancia.

2.2 Las medidas especiales para las sociedades cotizadas

Tanto el primer Real Decreto-Ley dictado tras la declaración del estado de alarma, como el que poco después modificó los artículos 40 y 41, que aquí interesan, recogen medidas específicas para las sociedades cotizadas, concretamente en el artículo 41, que precisamente lleva por título el de “medidas extraordinarias aplicables al funcionamiento de los órganos de gobierno de las sociedades anónimas cotizadas”. Hay que entender, pues, conforme a la regla general de prioridad de lo especial y supletoriedad de lo general, recogida en el

artículo 495, 2, de la LSC, que el contenido del artículo 41 constituye el “derecho especial de excepción” para las sociedades anónimas cotizadas, y que el del artículo 40, como “derecho general de excepción”, es la regla supletoria en lo no previsto y siempre que no contradiga esas normas especiales.

Sentado lo anterior, lo primero que destaca en las normas especiales del artículo 41 es que su excepcionalidad no aparece vinculada al estado de alarma, cuya duración, por tanto, no condiciona ni limita su aplicación, sino a un periodo temporal concreto, como lo es el año 2020, sin más. Llama también la atención el hecho de que el precepto, que perfectamente podría haberse limitado a considerar como sociedades anónimas cotizadas a las que tienen ese carácter conforme al artículo 495 de la LSC (“sociedades anónimas cuyas acciones están admitidas a cotización en un mercado secundario oficial de valores”), se haya ocupado en establecer un concepto propio, no del todo coincidente (“sociedades con valores admitidos a cotización en un mercado regulado de la Unión Europea”).

Las medidas excepcionales se orientan básicamente en dos direcciones: unas van dirigidas al aumento de los plazos de ciertas actuaciones; otras, sin duda contando con que en las sociedades cotizadas el recurso a los medios telemáticos para el funcionamiento a distancia de los órganos sociales está más experimentado, y legalmente más impulsado, van dirigidas a facilitar el empleo de estos medios durante el periodo establecido.

En el primer caso está la obligación de publicar y remitir a la CNMV el informe financiero anual y el informe de auditoría de las cuentas anuales, que se amplía en seis meses tras el cierre del ejercicio social, y en cuatro para la declaración intermedia de gestión y el informe financiero semestral; pero, sobre todo, está el propio plazo de celebración de la junta general ordinaria, que puede celebrarse dentro de los diez primeros meses del ejercicio (no exactamente del año).

En el segundo caso, que es el referido al funcionamiento telemático de los órganos sociales, las medidas van especialmente dirigidas a la junta general, y no tanto al consejo de administración; ocurre, sin duda, que los consejos de las sociedades cotizadas tienen prevista, con mucha frecuencia, la reunión por videoconferencia, o la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión,

El itinerario especial de la celebración de la junta durante 2020, hasta octubre la ordinaria y en cualquier momento la extraordinaria, comienza con la facultad que se ofrece al consejo de convocarla con previsión de asistencia telemática y voto a distancia de los accionistas, recurriendo a los artículos 182, 189 y 521 de la LSC, que dan base a esa alternativa; además, se contempla también la posibilidad de celebrar junta en cualquier lugar del territorio nacional, seguramente pensando en facilitar una sesión ya presencial, por razón de proximidad geográfica o de coincidencia física, cuando el margen de movilidad sea suficiente, pues la sesión telemática se entendería celebrada en el domicilio social en todo caso.

A partir de aquí entra en juego el supuesto en que se haga imposible la celebración de la junta en el lugar y sede física previstos en la convocatoria, como consecuencia de las medidas impuestas por las autoridades públicas, y tampoco sea ya posible utilizar la facultad antes ofrecida, que hay que entender que es la celebración telemática. Se distinguen ahora dos hipótesis: la primera, que la propia junta acuerde un curioso traslado de urgencia a otro lugar (“continuar la celebración en el mismo día y en otro lugar y sede dentro de la misma provincia, con un plazo razonable para el traslado de los asistentes”); la segunda, consiste en realizar una “ulterior convocatoria” para la celebración de la junta que no pueda celebrarse, se entiende que desconvocando la que ya estaba convocada y no se pudo celebrar a causa del impedimento de las medidas de la autoridad.

Esta junta diferida está sujeta a ciertas reglas particulares en cuanto a la convocatoria, pues, en el anuncio complementario, el órgano de administración puede acordar que la junta se celebre exclusivamente en forma telemática y, por tanto, sin asistencia física de socios o representantes, a condición de que se les ofrezca participar por todas y cada una (no sólo por una, o dos, de ellas) de las tres formas que se mencionan, que son, por este orden, la asistencia telemática, la representación conferida al presidente de la junta por medios de comunicación a distancia y el voto anticipado a través de medios de comunicación a distancia. La reunión, en fin, como es regla general en las normas de excepción, se considerará celebrada en el domicilio social, y esto con independencia del lugar en que se halle el presidente de la junta.

Por último, el apartado 2 del artículo 41 añade una norma excepcional, complementaria de todo lo anterior, para dar validez a los acuerdos del consejo y a los acuerdos de la Comisión de Auditoría que, en su caso, haya de informar previamente (y lo mismo a los de otras comisiones, también en su caso), cuando esos acuerdos se adopten por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, aunque tal forma no esté contemplada en los estatutos sociales (ni en el reglamento del consejo). Los requisitos son los exigidos reiteradamente para situaciones equivalentes: que todos los consejeros dispongan de los medios necesarios para ello, que el secretario reconozca su identidad, y así lo expresa en el acta y en la certificación de los acuerdos que se expida, precisión ésta que no está en los demás casos, como tampoco en éste está la obligación de remitir el acta de inmediato a los concurrentes.

III. EVOLUCIÓN POSTERIOR, HASTA LA SITUACIÓN ACTUAL

El conjunto de medidas excepcionales que se adoptaron en aquellos primeros Reales Decretos-Leyes, de 17 y 31 de marzo de 2020, estaba inicialmente referido, como periodo de vigencia, a la duración del estado de alarma y a sus prórrogas,

pues, a partir de su declaración el 14 de marzo, se fue ampliando sucesivamente hasta el 20 de junio de 2020, como es bien conocido. Sin embargo, una buena parte de aquellas medidas no se extinguieron al finalizar el citado estado de alarma; bien sea porque la necesidad de ciertas medidas permanecía, teniendo en cuenta la evolución de la pandemia tras el verano, bien sea porque, en tal situación, volvió a declararse un nuevo estado de alarma, por Real Decreto de 25 de octubre de 2020, éste con distinto alcance al anterior y sin confinamiento estricto, pero con vigencia hasta el 9 de mayo de 2021, lo cierto es que algunas de aquellas medidas iniciales fueron viendo ampliando su periodo de vigencia, incluso en varias ocasiones de forma sucesiva, a la vez que se incorporaron otras nuevas, especialmente en el ámbito concursal, visto el alcance de los efectos económicos de la pandemia.

Luego se expondrá cómo este fenómeno de ampliación se fue produciendo en relación con otras medidas societarias que se examinarán a continuación: así, la suspensión del derecho de separación de los socios que recoge el artículo 348 bis de la LSC se extendió para todo el año 2020 por el Real Decreto-Ley 25/2020, de 3 de julio, además de haber quedado excluido, por sucesivos Reales Decretos-Leyes de 12 de mayo, 26 de junio y 29 de septiembre de 2020, para el caso de sociedades a las que se prohibía repartir beneficios, por distintas causas. También ocurrirá con la causa de disolución por pérdidas cualificadas, dejada sin efecto para el resultado del ejercicio de 2020, por Real Decreto-Ley de 28 de abril y luego por Ley de 18 de septiembre de 2020. Pero la extensión de efectos ha tenido especial significación en relación con medidas que afectaron al funcionamiento de los órganos societarios, alguna de las cuales se ha convertido en norma general de vigencia permanente; a ellas convendrá referirse de manera particular en este momento.

En efecto, un amplio listado de Reales Decretos-Leyes, algunos tramitados y convertidos luego en Ley, fueron matizando y ampliando la vigencia de las medidas que se dictaron inicialmente como medidas de emergencia, extraordinarias y temporales. Algunas, como el Real Decreto-Ley de 9 de junio, que prorrogó la vigencia de esas reglas societarias que facilitaban la celebración telemática de sesiones de los órganos hasta el 31 de diciembre de 2020, ya han sido citadas anteriormente. Pero con posterioridad, el Real Decreto-Ley 34/2020, de 17 de noviembre, amplió para todo el año 2021, presentándolo también como medida excepcional, la posibilidad de asistencia telemática y de voto a distancia, previéndolo en la convocatoria y aunque no estuviera previsto en los estatutos, para el caso de la sociedad anónima, cotizada o no, y la celebración por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple para el caso de la sociedad limitada y comanditaria por acciones, igualmente sin necesidad de previsión estatutaria, pero con algunas condiciones de disponibilidad de medios por parte de los socios asistentes, de control de identidad por el secretario del órgano, y remisión inmediata del acta. Esta última posibilidad se extendió también a las juntas o asambleas de las demás personas jurídicas privadas (asociaciones, sociedades civiles y cooperativas) y a los patronatos de fundaciones.

Extrañamente, esta disposición no contenía para los órganos de administración de las distintas personas jurídicas una medida equivalente a la prevista para los órganos asamblearios, por lo que un Real Decreto-Ley, de 26 de enero de 2021, subsanó la deficiencia estableciendo para los órganos de administración de asociaciones, sociedades y cooperativas la posibilidad de celebrar sesiones por videoconferencia o conferencia telefónica múltiple, y para todos ellos, y además para los patronatos de las fundaciones, la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión, por decisión del presidente o a petición de dos miembros del respectivo órgano.

Más recientemente, un nuevo Real Decreto-Ley de 12 de marzo de 2021 ha añadido, para todo el año 2021 y para las sociedades anónimas, la opción de celebrar la junta de forma íntegramente telemática, junto a la ya prevista de asistencia telemática y voto a distancia de los socios en una junta presencial. La sesión exclusivamente telemática puede ser decidida por el órgano de administración, mediante el anuncio de convocatoria, con garantías de identidad de quien ejerza el voto y ofreciendo, en todo caso, la posibilidad de participar por asistencia telemática, por delegación a distancia del voto en el presidente, o por ejercicio a distancia del voto anticipadamente. Asimismo, la Ley de 29 de marzo de 2021, procedente del Real Decreto-Ley de 9 de junio de 2020, ha agrupado, en su Disposición Final Cuarta, el conjunto de las medidas que venían siendo prorrogadas, manteniendo las iniciales que tuvieron vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020, y añadiendo las que, con carácter excepcional, se dictaron para todo el año 2021, aplicables respectivamente a las sociedades anónimas, limitadas, personas jurídicas de Derecho privado y fundaciones, tanto en las sesiones del órgano asamblea o junta, como en el órgano de administración, según ya se indicó.

Hasta aquí, las medidas que se fueron sucediendo, todas con carácter excepcional, sea introduciendo nuevas reglas, sea prorrogando las que venían aplicándose previamente. Pero, finalmente, y aprovechando la tramitación de la Ley de 21 de abril de 2021, que tenía por objeto la trasposición de la Directiva europea de 17 de mayo de 2017, para el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas de las sociedades cotizadas, y a través de la correspondiente enmienda parlamentaria, se ha modificado el artículo 182 de la LSC sobre la asistencia telemática a una junta presencial, y, sobre todo, se ha regulado en un nuevo artículo 182 bis la “junta exclusivamente telemática”, ya no como modalidad excepcional o transitoria, sino como supuesto ordinario y normalizado, que los estatutos de las sociedades de capital, tanto anónimas como limitadas, pueden acoger, con una mayoría favorable de, al menos, dos tercios del capital social; la celebración de esta junta, en todo caso, está supeditada a las debidas garantías sobre la identidad y legitimación de los socios asistentes y sobre la posibilidad de que todos los asistentes participen efectivamente en la reunión a través de medios de comunicación a distancia, siguiendo las indicaciones que habrán de ofrecerse en la convocatoria de la junta.

De este modo, ha venido a cerrarse el círculo que se abrió con el estado de alarma, sólo que incorporando como modalidad ordinaria y general de celebración de la junta la forma íntegramente telemática, manteniendo la posibilidad de asistencia y participación telemática en las juntas presenciales. En definitiva, lo que se fue contemplando como supuesto excepcional, y de vigencia temporal, para facilitar el funcionamiento de los órganos sociales, afectados por la pandemia, ha terminado por incorporarse al Derecho societario, dentro del régimen general de las sociedades de capital, como forma ordinaria de celebración de la junta general.

IV. CONSIDERACIÓN PARTICULAR DE OTRAS MEDIDAS SOCIETARIAS

Además de las reglas excepcionales directamente relacionadas con el funcionamiento de los órganos societarios, se han dictado en los diversos Reales Decretos-Leyes otras medidas relevantes en diversos aspectos del régimen jurídico de las sociedades de capital; en su caso, también afectan al funcionamiento orgánico, pero no lo hacen de manera directa, sino como consecuencia de la regulación extraordinaria de esos otros aspectos. Los ámbitos en que operan estas medidas son concretamente dos: las que afectan al derecho de separación de los socios y a ciertas cuestiones del régimen de la disolución de la sociedad, que se pueden tratar conjuntamente, y las que afectan al proceso de tramitación de las cuentas anuales y de la propuesta de aplicación del resultado, que, como se verá, se ha visto fuertemente alterado por la situación excepcional.

1. En relación con la separación y disolución

El apartado ocho del artículo 40 del Real Decreto-Ley de 17 de marzo de 2020 estableció de forma tajante que, mientras dure el estado de alarma, y las sucesivas prórrogas que puedan acordarse, los socios de las sociedades de capital no podrán ejercitar el **derecho de separación**, por más que concurra causa legal o estatutaria. Así formulada la regla excepcional, es obvio que alcanza a todas las causas posibles (las legales comunes a todas las sociedades de capital, las propias de las sociedades limitadas, las previstas en las modificaciones estructurales, conforme al artículo 346, las estatutarias que se hayan podido añadir conforme al 347, y, por supuesto, la tan especial del 348 bis en caso de falta de distribución de dividendos, si bien ésta ha tenido posteriormente un tratamiento especial, como luego se menciona), tal vez con la intención de no someter a la sociedad a los inconvenientes patrimoniales derivados del reembolso al socio que se separa en unos momentos de probable dificultad para el desarrollo normal de su actividad económica.

La medida, en todo caso, ni suprime el derecho, ni priva de él al socio, si concurre el supuesto del que deriva; simplemente impide ejercitarlo, lo que viene a suponer que lo deja en suspenso hasta que decaiga el estado de alarma. Mientras tanto, es evidente que no transcurrirá el plazo legal para tal ejercicio (un mes en los términos de los artículos 348 y 348 bis), y, si el plazo ya estuviera transcurriendo al

entrar en vigor el estado de alarma (porque ya se había publicado o recibido la comunicación del acuerdo del que deriva, o celebrado la junta, según los casos), quedará interrumpido, para reanudarse cuando cese tal situación por el tiempo que falte hasta concluir el plazo del mes, pues no ha establecido aquí la norma, como sí lo hace de manera expresa en otros apartados del precepto, que deba iniciarse de nuevo el cómputo del plazo legal completo.

En el caso particular de los socios cooperativos, teniendo en cuenta la especialidad del derecho a la baja voluntaria, efecto del tradicional principio de “puerta abierta” en estas entidades, lo que determina el precepto, en su apartado noveno, es que el reintegro de las aportaciones al socio quede prorrogado hasta que transcurran seis meses a contar desde la fecha en que finalice el estado de alarma.

Como ya antes se indicó, el supuesto de ejercicio de separación por no reparto de beneficios, en los términos del artículo 348 bis de la LSC, ha tenido un tratamiento especial, obviamente relacionado con los efectos económicos de la pandemia sobre el resultado previsible de las empresas. Habida cuenta de que los Reales Decretos-Leyes 18/2020, de 12 de mayo, y 24/2020, de 26 de junio, dentro de un conjunto de medidas relacionadas con el empleo y la reactivación económica, establecían en su respectivo artículo 5 una prohibición de repartir dividendos en empresas acogidas a expedientes de regulación temporal de empleo, con menos de cincuenta trabajadores, primero sólo por causa de fuerza mayor vinculada a la pandemia, luego también por causas económicas y técnicas, se indicaba también en ellos que el ejercicio en que la sociedad no repartiera beneficios por esos motivos no se tendría en cuenta a efectos de la aplicación del artículo 348 bis. Posteriormente, el Real Decreto 25/2020, de 3 de julio, en su Disposición Final Cuarta, Tres, ha añadido un párrafo al apartado 8 del artículo 40, donde se suspendía el ejercicio del derecho de separación, derivado de cualquier causa, durante el estado de alarma y sucesivas prórrogas, para prolongar la suspensión, en el caso concreto del derecho de separación derivado del artículo 348 bis de la LSC, durante todo el año natural en curso, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2020. La medida evita los efectos derivados un eventual reembolso de aportaciones durante ese tiempo, si se dieran las circunstancias que permiten ejercitar el derecho de separación, para lo que también hay que tener en cuenta los anteriores supuestos de prohibición de reparto; pero no impide que, transcurrido ese plazo, y en un contexto económico que puede seguir siendo de dificultad, el derecho se pueda ejercitar, pues su suspensión no implica extinción de tal derecho, salvo que concurrieran entonces las causas de no procedencia previstas en el propio precepto societario.

Mayor alcance tiene el conjunto de previsiones relacionadas con la **disolución de la sociedad**, por la relevancia de las cuestiones a las que afecta.

La primera está referida a la causa de disolución de pleno derecho que es el transcurso del término de duración de la sociedad que esté fijado en los estatutos sociales (360, 1, a), de la LSC), y lo que se dispuso es que, si tal causa ocurre, porque transcurre el término de duración, durante el estado de alarma, el efecto disolutorio inmediato y automático no se produciría, sino que queda postergado hasta que transcurran dos meses desde que haya cesado dicho estado. Del texto de la norma, se deduce con claridad que la sociedad, aunque haya transcurrido el término de duración, y sin que haya prórroga aprobada e inscrita previamente, continúa existiendo, ya que la disolución no se produce hasta dos meses después de finalizado el estado de alarma. No es que la disolución haya ocurrido y esté suspendida, o no sea eficaz, para que no comience la fase de liquidación hasta que llegue el momento; simplemente, que la sociedad no está disuelta, porque la disolución de pleno derecho no se ha producido.

La otra previsión tiene que ver con los supuestos de causas de disolución legales o estatutarias que necesitan un acuerdo de constatación de la junta general, debiendo producirse la convocatoria de ésta, para que adopte el acuerdo de disolución u otro capaz de enervar la causa, en el plazo legal de dos meses (362 a 367 de la LSC). Cabría la posibilidad de convocar y celebrar esta junta en la forma telemática o a distancia permitida, pero el artículo 40, 11, optó por suspender el plazo hasta que finalice el estado de alarma. De nuevo habrá que entender que la suspensión no implica que el plazo se inicie de nuevo, sino que se reanuda por el tiempo que faltara, si ya había transcurrido una parte con anterioridad, mientras que, si todo el plazo transcurre durante el estado de alarma, el cómputo completo se efectuará cuando cese.

A esta medida de suspensión del plazo de convocatoria, se añade otra de mayor calado material, porque el apartado 12 de este artículo 40 lo que hace, nada más y nada menos, es suprimir la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales contraídas en el periodo de alarma, si la causa de disolución, legal o estatutaria, hubiera acaecido durante su vigencia. La duda interpretativa es evidente: si se ha querido configurar una causa de exoneración definitiva, extinguiendo la responsabilidad en ese caso, o si simplemente se pretende dar cobertura temporal a los administradores, impidiendo ejercer la acción de responsabilidad por deudas durante el estado de alarma, ya que también ha quedado en suspenso el cumplimiento de su obligación de convocar la junta para disolver o acordar una posible alternativa. Así planteada la cuestión, parece más lógica esta segunda alternativa, que conduce al mantenimiento de la existencia de responsabilidad y al aplazamiento de su exigibilidad, relegando ésta a un tiempo posterior al cese del estado de alarma, si, reanudado el plazo de convocatoria, se incumple la obligación de convocar.

Finalmente, el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, sobre medidas en el ámbito de la Administración de Justicia, luego convertido en Ley de 18 de

septiembre, ha introducido, en su artículo 18 (13 en la Ley), una nueva previsión de indudable calado. Se trata, vista la probabilidad de que el ejercicio en curso arroje resultados negativos en muchas empresas por efecto de la pandemia, de que las pérdidas de este ejercicio 2020 no se tomen en consideración a los efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución del artículo 363, 1, e), que es la deriva de las llamadas “pérdidas cualificadas”; y sólo las del ejercicio de 2020, pues la propia norma aclara que, si en el resultado del ejercicio de 2021 se aprecian pérdidas cualificadas, la obligación de convocar junta para disolver o adoptar solución alternativa suficiente vuelve a aplicarse en sus propios términos. Como también se aplica el deber de solicitar la declaración de concurso, si concurren los presupuestos de insolvencia, pero en las condiciones que el propio Real Decreto-Ley contiene, pues entre sus medidas concursales y societarias (artículos 8 a 18, 3 al 13 en la Ley), el artículo 11 (6 en la Ley) establece un régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores, al que aquí procede remitirse.

2. En relación con las cuentas anuales y la aplicación del resultado

Teniendo en cuenta el momento del ejercicio en que se produjo la declaración del estado de alarma (mes de marzo, siendo así que los administradores disponen de tres meses para formular las cuentas), es explicable que el proceso normal de tramitación de las **cuentas anuales** (formulación, verificación, aprobación y depósito) sufriera alteraciones muy significativas, que se recogen en los apartados 3, 4, 5, 6 y 6 bis del artículo 40 del Real Decreto-Ley de 31 de marzo de 2020.

La primera medida, obviamente, fue la suspensión del plazo de formulación que el artículo 253 de la LSC concede a los administradores, que es de tres meses tras la finalización del ejercicio. La suspensión alcanza a todo tipo de cuentas (ordinarias, abreviadas, individuales y consolidadas), y, en su caso, a los demás documentos (se cita el informe de gestión y, genéricamente, “los demás documentos exigibles en la legislación de sociedades”, como puede ser el estado de información no financiera, también mencionado en ese artículo 253, junto con la propuesta de aplicación del resultado, que tiene su propio tratamiento, como luego veremos). Inicialmente, el tiempo de suspensión previsto era la duración del estado de alarma, pero, una vez decidido el levantamiento de la suspensión de los plazos afectados con fecha de 1 de junio, ésta fue también la fecha en que finalizó la suspensión del plazo para formular las cuentas anuales, como así lo indica la modificación operada con tal fin en el apartado 3 del artículo 40, por la Disposición Final Octava, punto 3, del nuevo Real Decreto-Ley 11/2020, de 26 de mayo de 2020. Lo peculiar aquí, a diferencia de otros supuestos examinados, es que, levantada la suspensión, y por más que el texto hable de reanudación del plazo, lo que se produce es una nueva apertura de ese mismo plazo de tres meses al completo, con un nuevo inicio del cómputo a partir de la fecha indicada del 1 de junio.

También, en coherencia con esa misma precisión, se permitió realizar la verificación contable o auditoría en el plazo ordinario legalmente establecido (un mes tras la entrega de las cuentas al auditor, conforme al artículo 270 de la LSC) o acogerse a la prórroga prevista a continuación. Esta prórroga tiene igualmente su especialidad: el precepto indica que el plazo para la verificación contable, tanto si la auditoría es obligatoria como voluntaria, se prorroga por dos meses (el doble que el plazo ordinario) a contar desde que finalice el estado de alarma, sin tener en cuenta cuando se ha producido la formulación; pero lo relaciona con el hecho de que, al declararse tal estado o durante su vigencia, el órgano de gobierno hubiera formulado las cuentas del ejercicio anterior.

El siguiente paso, que es el de la aprobación en junta general, queda igualmente afectado. La medida fue que la junta general ordinaria para aprobar las cuentas del ejercicio anterior se reuniera necesariamente dentro de los dos meses siguientes a contar desde que finalice el plazo para formular dichas cuentas (inicialmente el plazo era de tres meses, pero el citado Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo de 2020, lo ha fijado en dos). También en relación con la celebración de la junta general hay una última regla especial a propósito de la convocatoria: se permite optar por una especie de “reconversión” de la sesión convocada, modificando el lugar y la hora previstos (no el día, en este caso), o bien por la revocación del anuncio de convocatoria (desconvocatoria, en suma) de la junta, siempre que se haga con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas y mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad, o en BOE (no en el BORME), si careciera de ella; y hay que entender que, a pesar de que falte una mención más expresa, esos requisitos de tiempo y forma son exigidos tanto para la modificación, como para la revocación de la convocatoria. Si se opta por la desconvocatoria, revocando el acuerdo, el órgano de administración habrá de proceder a una nueva convocatoria dentro del mes siguiente a la fecha del fin del estado de alarma, con un orden del día que podría ser distinto, sin perjuicio de las materias necesarias en una junta ordinaria.

Las últimas medidas, introducidas de nuevo en el artículo 40, 6 bis, y en el artículo 41, 3, con ocasión de su modificación, está referidas a la **propuesta de aplicación del resultado**, que, siendo un documento formalmente distinto de las cuentas anuales, no tenían un tratamiento propio en el contexto de excepcionalidad. Ocurre aquí que, además de las circunstancias comunes que afectan a la aprobación de los otros documentos contables, la propuesta de aplicación de resultados se ve materialmente alterada por un escenario económico que puede ser más desfavorable del previsto y que puede aconsejar una revisión de los objetivos y de los conceptos a los que se pensaba aplicar el resultado del ejercicio anterior, tal vez aumentando las reservas voluntarias, disminuyendo el beneficio a distribuir, dotando fondos para amortización etc. Esto es lo que parece latir tras la posibilidad que se ofrece a las sociedades que, habiendo formulado las

cuentas anuales, convoquen la junta general ordinaria a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley: podrán sustituir la propuesta de aplicación del resultado contenida en la memoria por otra propuesta distinta, añadiendo a ella una justificación, por parte de los administradores, que ponga la sustitución en relación con los previsibles efectos de la pandemia (“con la situación creada por el COVID-19”, dice el texto) y, además, un escrito del auditor de cuentas, indicando que, de haber conocido en el momento de firmar su informe la nueva propuesta, su opinión de auditoría no se habría modificado.

Esa primera opción de sustituir la propuesta ya aprobada por el consejo para someterla a una junta general a convocar, y por tanto todavía sin un orden del día anunciado, ya entrada en vigor la disposición que lo permite, se combina con otra, para el caso de juntas ya convocadas en ese momento, que consiste en retirar la propuesta de aplicación del resultado del orden día ya anunciado, para someter a la aprobación de “una junta general que deberá celebrarse también dentro del plazo legalmente previsto para la junta general ordinaria” una nueva propuesta, a condición de que la decisión de los administradores en este sentido se publique antes de la celebración de la junta que ya estaba convocada

Por lo demás, y para las sociedades cotizadas en particular, el artículo 41, 3, añadió requisitos particulares de publicidad, cuando estas sociedades apliquen cualquiera de las medidas citadas, que suponen la elaboración de una nueva propuesta de aplicación del resultado; la nueva propuesta, la justificación del consejo y el escrito del auditor habrán de publicarse, tan pronto como se aprueben (o se firmen), como información complementaria de las cuentas anuales, en la página web de la sociedad y en la de la CNMV, como información relevante, o como información privilegiada, si fuera preceptivo en el caso concreto. Precisamente la CNMV ya había emitido unas “consideraciones sobre las juntas generales de las sociedades cotizadas” el día 10 de marzo de 2020, poco antes de declararse el estado de alarma, recomendando la asistencia por representación o en forma telemática y a distancia, en vez de presencial y luego un “Comunicado conjunto sobre las cuentas anuales y la propuesta de aplicación de resultados”, de la CNMV y del Colegio de Registradores de España, el 26 de marzo de 2020, donde se planteaban las distintas opciones (reformulación de cuentas, modificación de la propuesta, desconvocatoria de la junta, sustitución de la propuesta por una alternativa distinta) que claramente han inspirado las citadas reglas de excepción.

Cuestiones distintas, en relación con la aplicación del resultado, se plantearon en las entidades de crédito, a partir de la Recomendación del Banco Central Europeo, de 27 de marzo de 2020, que, actualizando criterios sobre las políticas de distribución de dividendos (Recomendaciones de 11 de enero de 2019 y 17 de enero de 2020), instaban a no repartir dividendos, al menos hasta el 1 de octubre de 2020, a no contraer compromisos irrevocables de repartirlos respecto de los ejercicios de 2019 y 2020 y a no recomprar acciones para remunerar a los

accionistas. Sin embargo, tal recomendación no pudo impedir que algunas entidades de crédito, que ya habían celebrado junta general y aprobado en firme repartos de dividendos tuvieran que mantenerles, teniendo en cuenta que ya había surgido un derecho de crédito definitivo y exigible en favor de los accionistas; como tampoco la recomendación obstaculizaba la posibilidad de suprimir el reparto de dividendos en la nueva propuesta de aplicación del resultado, pero acordando a la vez una entrega de dividendos a cuenta, imputables al beneficio repartible del ejercicio anterior y no a los meses transcurridos del ejercicio en curso.