

Pérez-Llorca

Revista Jurídica

EDICIÓN ESPECIAL COVID-19

nov/
2020

The background of the cover is a grayscale electron micrograph of a cell membrane. It shows a clear lipid bilayer structure with various proteins and organelles embedded within it. The overall appearance is that of a complex biological structure, likely a cross-section of a cell membrane.

Pérez-Llorca

Revista Jurídica

EDICIÓN ESPECIAL COVID-19

nov/

/2020

© Pérez-Llorca Abogados,
S.L.P. y Cía., S. Com. P.
Paseo de la Castellana, 50.
28046. Madrid
Depósito legal: M-7551-2019

Grabado de portada: Gadea Garcia Lopategi

Revista Jurídica Pérez-Llorca

EDICIÓN ESPECIAL COVID-19

NÚM. 4

NOVIEMBRE
MADRID

2020

Revista Jurídica Pérez-Llorca

Consejo Editorial

Pedro Pérez-Llorca Zamora

Francisco José León Sanz

Encarna Cordero Lobato

Diego Marín-Barnuevo Fabo

Javier García Marrero

Javier Gutiérrez Gilsanz

Consejo de Redacción

Francisco José León Sanz

Javier Gutiérrez Gilsanz

María Luisa Delgado Arrabal

Sara Bento San Román

Isabel Iglesias Feal

Pérez-Llorca

Revista Jurídica

índice/

Estudios

Novedades legislativas en materia de derecho de sociedades derivadas de la COVID-19	10
El impacto de la crisis de la COVID-19 en las relaciones laborales	38
El papel de las ayudas de Estado en la crisis de la COVID-19: un análisis jurídico. En especial, la nacionalización de empresas	62
Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia	78



Problemas y cuestiones

Análisis del artículo 7bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales 100

Las implicaciones de las limitaciones impuestas al transporte de personas en la residencia fiscal y la imposición de las personas físicas y sus empleadores 118

Estudios





Novedades legislativas en materia de derecho de sociedades derivadas de la COVID-19

Pablo González Mosqueira

Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE CORPORATE

Javier Gutiérrez Gilsanz

Of Counsel

DEPARTAMENTO DE CORPORATE

I. Introducción	12
II. Marco normativo	12
III. Régimen aplicable a las sociedades de capital en general	14
1. Celebración telemática de las sesiones de los órganos de gobierno y de administración de las sociedades y de sus juntas generales	14
2. Decisiones de los órganos de gobierno y de administración mediante votación por escrito y sin sesión	20
3. Formulación de las cuentas anuales	21
4. La posibilidad de sustituir la propuesta de aplicación del resultado	22
5. Verificación (o auditoría) de las cuentas anuales	23
6. Posibilidad de convocar la junta general publicada antes de la declaración de estado de alarma	25
7. Aprobación de cuentas anuales por la junta general ordinaria	26
8. Depósito de cuentas	26
9. Legalización de libros	27
10. Suspensión del derecho de separación	28
11. Disolución de la sociedad	29
IV. Régimen aplicable a las sociedades cotizadas	34
1. Ámbito de aplicación subjetivo	34
2. Plazos	34
3. Celebración de la junta general de accionistas	35
4. Adopción de acuerdos del consejo de administración y de la comisión de auditoría	36
5. Propuesta de aplicación del resultado	37



Resumen: La excepcional situación causada por la COVID-19 y la declaración del estado de alarma hizo necesaria la modificación del derecho de sociedades para, entre otros aspectos, permitir a las sociedades mercantiles seguir operando durante el estado de alarma (evitando su bloqueo), facilitar el cumplimiento de ciertas obligaciones societarias (ampliando los plazos) y, en la medida de lo posible, paliar los efectos negativos de la pandemia. Las medidas adoptadas afectaban a aspectos básicos de la vida de las sociedades mercantiles como, por ejemplo, a la convocatoria de las juntas de socios, a la celebración telemática de juntas y de reuniones del órgano de administración, a la formulación y aprobación de las cuentas anuales, al derecho de separación de los socios o a las causas de disolución. Dada la importancia de estos aspectos en el tráfico mercantil, tiene sentido analizar las principales modificaciones que se adoptaron, así como destacar los problemas interpretativos que han surgido en la práctica.

Abstract: The exceptional situation caused by COVID-19 and the declaration of the state of alarm made it necessary to amend company law to, among other things, allow companies to continue operating during the state of alarm (thereby avoiding shutdown), facilitate compliance with certain corporate obligations (the extension of deadlines) and, as far as possible, mitigate the negative effects of the pandemic. The measures adopted affected basic aspects of the daily activities of corporations such as, for example, the calling of shareholders' meetings, the holding of remote meetings and meetings of the administrative body, the preparation and approval of the annual accounts, shareholders' rights of withdrawal or the grounds for dissolution. In view of the importance of these issues to business, it makes sense to analyse the main amendments that were adopted, as well as to highlight the problems of interpretation that have arisen in practice.



Palabras clave: COVID-19, estado de alarma, celebración telemática, cuentas anuales, desconvocatoria de la junta, derecho de separación, disolución, sociedades cotizadas.

Keywords: COVID-19, state of alarm, remote meetings, annual accounts, cancellation of the General Meeting, right of withdrawal, dissolution, listed companies.

Novedades legislativas en materia de derecho de sociedades derivadas de la COVID-19

I. Introducción

La pandemia provocada por la COVID-19 ha sacudido a nuestra sociedad y a nuestra economía en todos los sentidos, dando lugar a la adopción de numerosas medidas legislativas, tanto para intentar paliar los efectos de la pandemia, como para adaptar las obligaciones existentes bajo la normativa preexistente a las nuevas medidas aprobadas y, en particular, a las restricciones a la libre circulación de personas. El ámbito del Derecho de sociedades no ha sido una excepción, habiéndose aprobado un conjunto de medidas que alteran, de forma temporal y excepcional, varios aspectos esenciales del funcionamiento de las sociedades de capital.

El objetivo de este trabajo es doble: por una parte, repasar cuáles han sido las principales medidas que se han adoptado en materia societaria, y por otra, resaltar aquellas cuestiones que han planteado más dudas acerca de su interpretación o aplicación práctica, que en muchos casos han dado lugar a diversas modificaciones para aclarar las reglas de este régimen excepcional.

II. Marco normativo

Las novedades legislativas en materia societaria derivadas de la declaración del estado de alarma aprobado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (el “**RD 463/2020**”) se recogen, fundamentalmente, en las siguientes normas:

- (i) los artículos 40 y 41 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19 (el “**RDL 8/2020**”); y
- (ii) el artículo 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 (el “**RDL 16/2020**”), que, en lo que interesa a este trabajo, se refiere a la suspensión de la causa de disolución de la sociedad por pérdidas cualificadas.

Probablemente como consecuencia de la urgencia y precipitación con la que el legislador tuvo que reaccionar ante la situación planteada por la pandemia y el estado de alarma, los artículos 40 y 41 del RDL 8/2020 han sufrido varias modificaciones en sus escasos meses de vida. En concreto, dichos artículos han sido modificados hasta en cuatro ocasiones por los reales decretos-leyes señalados a continuación:

- (i) por la Disposición final primera número trece del 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 (el “**RDL 11/2020**”);
- (ii) por la Disposición final octava, apartados tres y cuatro, del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 (el “**RDL 19/2020**”);
- (iii) por la Disposición final cuarta del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (el “**RDL 21/2020**”); y
- (iv) por la Disposición final cuarta, apartado tres, del Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo (el “**RDL 25/2020**”).

En las páginas que siguen analizaremos este régimen excepcional vigente, destacando las modificaciones más relevantes que se han ido introduciendo, para comprender su evolución desde la declaración del estado de alarma hasta el día de hoy, limitando nuestro análisis únicamente a las sociedades de capital (y no a las asociaciones, sociedades civiles, cooperativas o fundaciones, a las que el artículo 40 del RDL 8/2020 también resulta de aplicación).

A tal fin, seguiremos el mismo orden sistemático que el legislador, distinguiendo entre el régimen general aplicable a las sociedades de capital (recogido fundamentalmente en el artículo 40 del RDL 8/2020, y en cuanto a la causa de disolución por pérdidas, en el artículo 18 del RDL 16/2020), y el régimen especial aplicable únicamente a las sociedades cotizadas (regulado principalmente en el artículo 41 del RDL 8/2020). En este sentido, conviene subrayar que aunque el RDL 8/2020 no lo dice expresamente, hay consenso en la doctrina en que lo dispuesto en el artículo 40 del RDL 8/2020 viene a ser una norma de carácter general que resulta de aplicación a sociedades tanto cotizadas como no cotizadas, mientras que el artículo 41 del RDL 8/2020 es una norma de carácter especial aplicable únicamente a sociedades cotizadas, y que por tanto prevalecería frente a lo dispuesto en el artículo 40 del RDL 8/2020 en caso de discrepancias entre ambos preceptos.

Conviene recordar, en todo caso, el ámbito temporal del régimen excepcional, que perdió su vigencia una vez finalizado el estado de alarma o cuando hayan transcurrido los plazos previstos en el mismo para cada medida excepcional, momento a partir del cual el régimen general anterior recuperará su vigor normativo, salvo que se aprueben nuevas normas destinadas a prorrogar o incluso perpetuar

alguna medida excepcional por considerarlo oportuno para paliar los efectos derivados de la pandemia, afrontar posibles rebrotes de la misma o adaptar el régimen general a la llamada “nueva normalidad”.

III. Régimen aplicable a las sociedades de capital en general

1. Celebración telemática de las sesiones de los órganos de gobierno y de administración de las sociedades y de sus juntas generales

El artículo 40.1 del RDL 8/2020 regula la posibilidad de celebración telemática de las sesiones, tanto de los órganos de gobierno y de administración de las sociedades como de sus juntas generales.

Órganos de gobierno y de administración

El primer párrafo del artículo 40.1 del RDL 8/2020 establece que, durante el período de alarma, y una vez finalice éste, hasta el 31 de diciembre de 2020¹, incluso aunque los estatutos no lo hubieran previsto², las sesiones de los “órganos de gobierno y de administración” de las sociedades podrán celebrarse tanto por videoconferencia como por conferencia telefónica múltiple³, siempre que se cumplan tres requisitos:

- (i) Que todos los miembros del órgano de administración dispongan de los medios necesarios para la celebración de la reunión por medios telemáticos. La referencia a los “medios necesarios para la celebración de la reunión” se hace también, como veremos, en el ámbito de la junta general de socios, y plantea algunas dudas, aunque en el caso del consejo de administración no surgen con tanta intensidad. A nuestro juicio, es razonable interpretar que la norma exige que se haya previsto

1 Conviene recordar que la redacción vigente del artículo 40.1 del RDL 8/2020 es producto de una modificación operada por el RDL 21/2020, que modificó el artículo 40 con la finalidad de extender hasta el 31 de diciembre de 2020 la posibilidad de que, aunque los estatutos no lo hubieran previsto, las sesiones de los órganos de gobierno y de administración de las sociedades mercantiles puedan celebrarse por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, y así también que sus acuerdos puedan celebrarse por escrito y sin sesión, siempre que lo decida el presidente o cuando lo soliciten, al menos, dos de los miembros del órgano. Según recoge la exposición de motivos del RDL 21/2020: “esta medida es coherente con la configuración de la nueva situación, siendo aconsejable que el tránsito al tráfico jurídico y social ordinario, se acompañe de las máximas precauciones entre las que sin duda se encuentra la de evitar reuniones y aglomeraciones de múltiples personas en espacios reducidos como pudieran ser las sesiones de los órganos de gobierno y administración de las personas jurídicas”. Anteriormente, el artículo 40.1 del RDL 8/2020 preveía este régimen solo durante el estado de alarma.

2 Varias de las disposiciones del artículo 40 del RDL 8/2020 comienzan con la siguiente aclaración: “Aunque los estatutos no lo hubieran previsto [...]”. Esto pone de manifiesto la indubitada intención del legislador de colmar el silencio estatutario habilitando directamente las medidas previstas en el artículo 40. La cuestión que se plantea es qué sucede en aquellos casos en que los estatutos excluyen o prevén expresamente algo que resulta incompatible o contradictorio con las medidas contempladas en el artículo 40. Aunque la respuesta no está clara, a nuestro juicio lo más razonable sería entender que las medidas contempladas en el régimen excepcional, precisamente por su carácter como tal, deberían prevalecer frente a lo dispuesto en los estatutos, considerando que éstos fueron acordados en un momento anterior a la circunstancia sobrevenida de la pandemia que ha motivado la aprobación de medidas excepcionales para lidiar con la situación.

3 La redacción original del artículo 40.1 del RDL 8/2020 únicamente preveía la posibilidad de celebrar reuniones por videoconferencia y no por conferencia telefónica múltiple, a diferencia de lo que se preveía en la redacción original para el régimen de sociedades cotizadas en el artículo 41. No obstante, a través del RDL 11/2020 se corrigió esta diferencia y se modificó el artículo 40.1 para incluir también la posibilidad de que los consejos y comisiones de las sociedades no cotizadas pudieran celebrarse tanto por videoconferencia como por conferencia telefónica múltiple.

un sistema que permita a los miembros del órgano de administración interactuar en tiempo real.

- (ii) Que el secretario del órgano de administración reconozca la identidad de los intervinientes, y así lo refleje en el acta. La referencia al secretario nos parece que debe interpretarse en el sentido amplio de la persona que haga las veces de secretario de la sesión, no necesariamente restringido a quien ocupe el cargo formal de secretario para el caso de indisponibilidad de éste.
- (iii) Que el secretario remita de inmediato el acta a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los administradores concurrentes.

De acuerdo con el mismo precepto (primer párrafo del artículo 40.1 del RDL 8/2020), también podrán celebrarse telemáticamente y en las mismas condiciones las sesiones de las comisiones delegadas y las demás comisiones obligatorias o voluntarias que la sociedad tuviera constituidas.

Finalmente, la norma prevé que la sesión del órgano de administración se entenderá celebrada en el domicilio de la persona jurídica. La referencia al lugar donde se entiende celebrada la reunión es útil, por contraste a lo que sucede con el régimen aplicable a las juntas generales donde, como veremos, la norma guarda silencio.

De todo lo anterior se deduce que el RDL 8/2020 ha querido posibilitar la utilización de procedimientos telemáticos, y así contribuir a evitar, en la medida de lo posible, las reuniones presenciales del consejo y de sus comisiones, pero no ha llegado a prohibir su celebración física o presencial. De hecho, cabe entender que los consejeros podrían celebrar reuniones del consejo o de sus comisiones de forma presencial, y podrían desplazarse hasta el lugar de la reunión a tal fin, en la medida en que estarían efectuando una "prestación laboral, profesional o empresarial" en los términos previstos en el artículo 7.1 c) del RD 463/2020 por el que se declara el estado de alarma.

Juntas generales

El párrafo segundo del artículo 40.1 del RDL 8/2020 establece que, aunque los estatutos no lo hubieran previsto (pues, de haberlo previsto, aplicaría lo dispuesto con carácter general en el artículo 182 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (la "LSC")⁴), durante el estado de alarma, las juntas generales de socios podrán celebrarse por video o por conferencia telefónica múltiple, siempre que se cumplan determinados requisitos.

Cabe subrayar que la celebración de juntas generales por medios telemáticos no estaba prevista en la redacción original del artículo 40.1 del RDL 8/2020, sino que fue introducida mediante la modificación llevada a cabo por la Disposición final primera número trece del RDL 11/2020.

4 Artículo 182 de la LSC: "Si en las sociedades anónimas los estatutos prevén la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos, que garanticen debidamente la identidad del sujeto, en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta. En particular, los administradores podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta. Las respuestas a los accionistas que ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la junta".

La inicial falta de previsión normativa acerca de la posibilidad de celebrar juntas generales telemáticas (durante el estado de alarma, faltando previsión estatutaria) generó muchas dudas que cristalizaron en la reforma del artículo 40 del RDL 8/2020. La cuestión fundamental que se planteaba era si podía considerarse que la referencia contenida en el artículo 40.1 del RDL 8/2020 a los “órganos de administración y gobierno” incluía o no las juntas generales de socios.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, si bien el artículo 40.1 del RDL 8/2020 no preveía esta posibilidad (juntas telemáticas sin previsión estatutaria), el artículo 41 del RDL 8/2020 sí preveía expresamente la posibilidad de celebrar la junta general de forma telemática (aun faltando previsión estatutaria) para el caso de las sociedades cotizadas. La duda estribaba, por tanto, en si el legislador había querido reservar la posibilidad de realizar juntas telemáticas (no previstas en los estatutos) exclusivamente a las sociedades cotizadas, o bien si debía entenderse que tal posibilidad aplicaba también a las sociedades no cotizadas.

En efecto, el silencio del RDL 8/2020 en cuanto a la posibilidad para las sociedades no cotizadas de celebrar juntas telemáticamente se interpretó por algunos como que: (i) para las sociedades no cotizadas, el RDL 8/2020 quería facilitar que continuaran operando a través de sus órganos de administración (mediante procedimientos telemáticos, incluso aunque esta posibilidad no estuviera prevista en sus estatutos), pero difería la intervención de la junta general a un momento posterior al levantamiento del estado de alarma (por eso se preveía para sociedades no cotizadas la posibilidad de desconvocar juntas), y (ii) para las sociedades cotizadas, en cambio, el RDL 8/2020 optaba por dar todo tipo de facilidades para la celebración telemática de la junta general, aun faltando disposición estatutaria al respecto. Otros en cambio sostuvieron que la referencia a “órganos de gobierno y de administración” abarcaba no solo al órgano de administración, sino también a la junta general, debido a que la junta es un “órgano de gobierno”.

Estos últimos argumentaban que la única interpretación posible del artículo 40.1 del RDL 8/2020 era considerar que la referencia a “órganos de administración y gobierno” incluía necesariamente a las juntas generales de socios, pues lo contrario llevaría a la conclusión de que las juntas de las sociedades no cotizadas tuvieran que celebrarse necesariamente físicamente, lo cual sería incompatible con las medidas de confinamiento aplicables durante el estado de alarma, pues, a diferencia de lo que se ha dicho con anterioridad en cuanto a la compatibilidad de la asistencia a reuniones de consejos de administración y comisiones físicamente durante el estado de alarma con las medidas de confinamiento con base en el artículo 7.1 c) del RD 463/2020 (por tratarse en ese caso de un “desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial”), la asistencia a juntas generales no tiene encaje en las excepciones al confinamiento previstas en el artículo 7 del RD 463/2020.

Afortunadamente, esta duda quedó resuelta con el RDL 11/2020, que introdujo un segundo párrafo en el artículo 40.1 del RDL 8/2020 en línea con la interpretación señalada en el párrafo anterior, estableciendo expresamente la posibilidad de que,

incluso aunque no exista previsión estatutaria, las sociedades no cotizadas también puedan celebrar juntas generales telemáticas durante el estado de alarma, y finalizado el mismo hasta el 31 de diciembre de 2020 (según la modificación operada por el RDL 21/2020, a la que hemos aludido ya), siempre que se cumplan determinados requisitos. Cabe destacar que esta posibilidad se extiende tanto a sociedades anónimas como a sociedades de responsabilidad limitada, cosa que no estaba del todo clara hasta ahora atendiendo al tenor literal del artículo 182 de la LSC, que prevé tal posibilidad solo para sociedades anónimas, si bien es cierto que la mayoría de la doctrina y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (la "DGSJFP")⁵ admitían pacíficamente la extensión analógica del artículo 182 de la LSC a las sociedades de responsabilidad limitada.

Las sociedades no cotizadas también pueden, por tanto, celebrar juntas generales telemáticas siempre que se cumplan los requisitos que se indican a continuación. No obstante, como veremos, los requisitos exigidos pueden a su vez plantear ciertos problemas de interpretación. Y es que debe tenerse en cuenta que los requisitos que se exigen son los mismos para todas las sociedades no cotizadas, independientemente del grado de dispersión de su capital social (como sucede en el caso de muchas SOCIMIs cotizadas en BME Growth⁶, a las cuales, como veremos más adelante, aunque de forma un tanto contra-intuitiva, les resulta de aplicación el régimen general aplicable a todas las sociedades mercantiles del artículo 40 del RDL 8/2020, y no el especial de sociedades cotizadas del artículo 41), lo cual ha planteado también no pocas dudas.

Los requisitos exigidos por el RDL 8/2020 (según fue modificado por el RDL 11/2020)⁷ para celebrar juntas telemáticas son los siguientes:

- (i) Que todas las personas que tuvieran derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de "los medios necesarios".

Este requisito plantea la cuestión de cómo debe interpretarse la expresión a los "medios necesarios", teniendo en cuenta que: (a) los socios tienen, en principio, derecho a asistir y votar en la junta general; (b) parece razonable considerar que la sociedad no puede estar obligada a poner a disposición de cada uno de los socios un *smartphone*, una *tablet* o un ordenador para que se pueda conectar a la sesión de la junta general; y (c) el artículo 41 del RDL 8/2020 no utiliza esta expresión en materia de sociedades cotizadas, sino que se refiere a medios que ofrezcan "garantías razonables para asegurar la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto".

La interpretación más razonable es, a nuestro juicio, considerar que la referencia a los medios necesarios debe entenderse en el sentido de que los administradores deben prever (de manera diligente) un sistema o medio de conexión que permita a todos los socios conectarse en tiempo real y participar en la reunión. Si alguno de los socios pusiera de manifiesto que desea conectarse a la sesión y que no puede hacerlo

5 Anteriormente denominada Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).

6 Anteriormente denominado Mercado Alternativo Bursátil (MAB).

7 La modificación introducida por el RDL 11/2020 eliminó los requisitos de "autenticidad" y "conexión bilateral o plurilateral en tiempo real con imagen y sonido de los asistentes en remoto" y los sustituyó por los requisitos actualmente vigentes, siendo así suficiente con el intercambio simultáneo de voz (multiconferencia telefónica) y no de imagen y voz, como se exigía en la primera versión del artículo.

con el sistema previsto, los administradores deben tratar de facilitar que el socio interesado se conecte.

El problema se agudiza en el caso de las SOCIMIs, que tienen en ocasiones un amplio *free float* de socios minoritarios. En tales casos, la solución más práctica para evitar impugnaciones parece que es la de optar por celebrar una junta mixta (presencial y telemática), si bien, una vez más, no es necesariamente la más consistente con el espíritu de evitar reuniones físicas y concentraciones de personas.

También se plantea un problema de orden práctico de acreditación, pues puede llegar a ser prácticamente imposible acreditar si los socios tienen los medios necesarios (por ejemplo, en el caso de sociedades anónimas con acciones al portador, donde no se conozca la identidad de los socios), y nunca se puede tener certeza *a priori*, sino *a posteriori*, una vez se haya verificado que todos los socios que han querido asistir han tenido los medios para hacerlo.

En esta cuestión, el límite parece que debería encontrarse en el deber de diligencia de los administradores (por ejemplo, estableciendo la sociedad contacto telefónico, o mediante correo o mensajes electrónicos, que permitan confirmar que disponen de dichos medios), la buena fe y el no abuso de derecho (es decir, no celebrar junta general telemática para dejar fuera a determinados socios).

- (ii) Que el secretario del órgano de administración reconozca la identidad de los socios que participan en la junta, y que así lo exprese en el acta (interacción en tiempo real). Este requisito plantea una cuestión interesante, y es que se está reconociendo un nuevo medio para superar el obstáculo de confirmar la identidad de los asistentes telemáticamente, que descansa exclusivamente en la diligencia y responsabilidad del secretario. Una vez más, la referencia al secretario nos parece que debe interpretarse en el sentido de la persona que lo sea o haga las veces del mismo.
- (iii) Que el secretario remita de inmediato el acta de la junta general a las direcciones de correo electrónico de los socios. Este requisito plantea la duda de si el secretario debe enviar por correo electrónico el acta o un borrador del acta. El tenor literal exige el envío del acta (no de un borrador), lo que parece que implica que la aprobación del acta deba realizarse necesariamente al final de la reunión de la junta, lo cual eliminaría la posibilidad del sistema subsidiario de aprobación por el presidente de la junta y dos interventores previsto en el artículo 202.2 de la LSC. No obstante, hay opiniones autorizadas que se inclinan por la interpretación de que procede enviar un borrador del acta.

Por otra parte, el legislador parece estar pensando en sociedades con dispersión limitada de su capital social, pues este requisito puede suponer algún problema en sociedades con capital repartido entre un número elevado de socios (como por ejemplo en el caso de SOCIMIs cotizadas), donde difícilmente se cuente con la dirección de correo electrónico de los socios.

Por lo demás, parece que esta norma supondría una excepción al requisito del consentimiento expreso del socio que se exige en el artículo 11 quáter de la LSC para recibir comunicaciones por medios electrónicos.

En cuanto al lugar de celebración de la junta, el párrafo segundo del artículo 40.1 del RDL 8/2020 guarda silencio acerca de dónde debe considerarse celebrada la junta que se haya celebrado por medios telemáticos.

Por su redacción, la norma parece estar pensando en el supuesto que hasta la declaración del estado de alarma había venido siendo el más habitual, en el que parte de los socios asisten de forma presencial a la junta, y otros asisten de forma telemática, y no en el supuesto de juntas exclusivamente telemáticas, en el que ningún socio asiste de forma presencial a la junta. El problema es que en el acta de la junta debe constar el lugar de celebración de la reunión, pues así lo exige el artículo 97.1 1º del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (el “**RRM**”), que exige que en el acta figure la “Fecha y lugar del territorio nacional o del extranjero en que se hubiere celebrado la reunión”.

Hasta que se resuelva esta duda de forma expresa en la norma, la solución que nos parece más práctica es señalar en el acta que la junta se ha llevado a cabo mediante medios telemáticos (en virtud de lo previsto en los estatutos o en el RDL 8/2020, según sea el caso) debiendo considerarse celebrada en el domicilio social (tal y como se prevé en relación con el órgano de administración, o en relación con la junta general de las sociedades cotizadas en el artículo 41.1 d) ii) *in fine* del RDL 8/2020). En todo caso, convendría que la norma aclarara este extremo.

En relación con la asistencia a la junta, el párrafo segundo del artículo 40.1 del RDL 8/2020 solo contempla la posibilidad de asistir de forma remota a las juntas a través de medios telemáticos (videoconferencia o teleconferencia), pero no dice nada sobre la posibilidad de ejercitar el derecho de voto a distancia. El artículo 41.1 c) en cambio, prevé para sociedades cotizadas la asistencia por medios telemáticos y también la posibilidad del voto a distancia. Por tanto, parece que para sociedades no cotizadas no cabría el voto a distancia.

2. Decisiones de los órganos de gobierno y de administración mediante votación por escrito y sin sesión

El artículo 40.2 del RDL 8/2020 permite, durante el estado de alarma, y una vez finalizado éste hasta el 31 de diciembre de 2020⁸, y para todas las sociedades mercantiles, la adopción de acuerdos por los “órganos de gobierno y de administración” de las sociedades mediante el procedimiento de votación por escrito y sin sesión, aunque los estatutos no lo hubieren previsto, siempre que lo decida el presidente, o bien si lo solicitan, al menos, dos de los miembros del órgano.

Conviene destacar que la dicción literal del precepto parece indicar que el procedimiento de votación por escrito y sin sesión es tan solo una mera posibilidad cuando así lo decida el presidente, y en cambio adquiere el carácter de obligatorio cuando lo soliciten al menos dos miembros del órgano (“los acuerdos [...] 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”). No está claro si es una distinción intencionada por parte del legislador, o si quiere decir que en ambos casos los acuerdos podrán adoptarse por escrito y sin sesión.

El artículo 40.2 del RDL 8/2020 aclara que las sesiones se entenderán celebradas en el domicilio social, y que será de aplicación a todos estos acuerdos lo establecido en el artículo 100 del RRM sobre la adopción de acuerdos por escrito o por cualquier otro medio que garantice su autenticidad (acuerdos por escrito y sin sesión).

También podrán adoptar sus acuerdos por escrito y sin sesión las comisiones delegadas y las demás comisiones obligatorias o voluntarias que la sociedad tuviera constituidas.

8 Según la modificación operada por el RDL 21/2020, explicada anteriormente.

9 La remisión en el artículo 40.2 del RDL 8/2020 al artículo 100 del RRM plantea la duda de si el legislador ha querido que aplique el requisito de no oposición previsto en dicho artículo. Y es que el art. 100.2 RRM establece que “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”. Ahora bien, a nuestro juicio, esta interpretación no es la más razonable atendiendo a la finalidad de la norma. Dicho lo cual, sería bueno que se aclarase esta cuestión en la norma para evitar dudas.

Nótese que, con carácter general, el procedimiento de adopción de acuerdos del consejo de administración por escrito y sin sesión solo se prevé expresamente en la LSC para sociedades anónimas (artículo 248.2 de la LSC), y ello solo “cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento”. Por ello, podemos decir que el RDL 8/2020 introduce una doble excepcionalidad con respecto al régimen general; por una parte, permite que todas las sociedades mercantiles (no solo las sociedades anónimas) puedan adoptar acuerdos por escrito y sin sesión, y por otra, flexibiliza las condiciones para su aplicación, ya que basta con que así lo decida el presidente o con que lo soliciten al menos dos de los miembros del órgano de administración, sin que se requiera el consentimiento de todos los consejeros previsto en el artículo 248.2 de la LSC⁹.

El RDL 8/2020 no contempla de forma expresa la posibilidad de celebrar juntas generales por el procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Se trata de una posibilidad que creemos que debería admitirse sin mayor problema en el caso de que existiera un acuerdo unánime de los socios para constituirse en junta universal, estuvieran de acuerdo en cuanto al orden del día, y consintieran expresamente la celebración de la junta universal por escrito y sin

sesión. Ahora bien, creemos que es difícil defender tal posibilidad en caso de que no todos los socios prestasen su consentimiento. Y ello porque si bien el legislador modificó el RDL 8/2020 introduciendo un segundo párrafo en el artículo 40.1 del RDL 8/2020 para aclarar expresamente que existe la posibilidad de celebrar no solo consejos sino también juntas virtuales, no se introdujo un segundo párrafo en el artículo 40.2 del RDL 8/2020 permitiendo expresamente adoptar acuerdos de junta por el sistema de votación escrito y sin sesión. A nuestro juicio, esto habría sido quizás lo más consistente con el espíritu que cabría presumir del legislador de facilitar la celebración y adopción de acuerdos de juntas en un contexto tan extraordinario. Pero en ausencia de aclaración expresa en el artículo 40.2, creemos que no es posible sostener tal posibilidad en sociedades que no lo hubieran previsto en sus estatutos.

3. Formulación de las cuentas anuales

El artículo 40.3 del RDL 8/2020 suspende el plazo del que disponen los administradores para formular las cuentas anuales dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social previsto en el artículo 253 de la LSC, hasta el 1 de junio de 2020¹⁰, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha (es decir, el plazo para la formulación de cuentas anuales comienza el día 1 de junio de 2020 y finalizó el día 31 de agosto de 2020¹¹).

Esto no significa que durante el estado de alarma no pudieran formularse las cuentas anuales si la sociedad voluntariamente quería hacerlo. De hecho, el artículo 40.3 *in fine* del RDL 8/2020 establece expresamente que será válida la formulación de las cuentas anuales durante el estado de alarma, pudiendo realizarse su verificación contable (i) dentro del plazo legalmente previsto (esto es, un mes desde que los administradores las entreguen a los auditores, según dispone el artículo 270 de la LSC), o bien (ii) en el plazo de dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma.

En relación con la formulación de las cuentas anuales, el RDL 8/2020 no aborda la cuestión de la firma física de las mismas por parte de los administradores. Formuladas las cuentas anuales, se ha planteado el problema práctico de si es necesario, y en su caso, cómo debería recogerse físicamente la firma de todos los consejeros en el ejemplar de las cuentas antes de que éstas sean auditadas o, cuando no exista obligación de auditar, antes de que se publique el anuncio de convocatoria de la junta general ordinaria.

En la práctica, las auditoras han aceptado como solución suficiente que el secretario, con el visto bueno del presidente, certificase que las cuentas se han formulado y que los consejeros habían prestado su consentimiento al contenido íntegro de las mismas, con las firmas originales del secretario y el presidente. En algún caso, los administradores han manifestado su voluntad de firmar las cuentas tan pronto pudieran hacerlo cuando se levantasen las medidas de confinamiento.

10 Conviene recordar que la redacción vigente del artículo 40.3 del RDL 8/2020 es producto de una modificación operada por el RDL 19/2020. Anteriormente, el artículo 40.3 del RDL 8/2020 contemplaba que la suspensión del plazo para formular las cuentas anuales finalizaba cuando terminase el estado de alarma, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha.

11 Así lo ha declarado la DGSJFP en su Resolución de 5 de junio de 2020 (<https://www.nota-riasyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2020/06/Resoluci%C3%B3n-DGSJ-FP-05-06-2020-Consulta-Covid-19-y-cuentas.pdf>) y el Registro Mercantil de Madrid en su página web (<https://www.rmercantilmadrid.com/RMM/Home/News.aspx#News052020>).

Parece que forma parte de la finalidad del RDL 8/2020 que se puedan firmar las cuentas anuales por los administradores una vez terminado el estado de alarma. Recordemos que esta norma permite que la formulación y aprobación se haga una vez finalizado dicho estado.

Con carácter general, conviene tener presente que la obligación de firmar las cuentas anuales es una obligación individual de los administradores. Por ello, en el caso de que faltara en las cuentas anuales la firma de alguno de los administradores nos encontraríamos ante el incumplimiento de una obligación legal de naturaleza individual de la que, en su caso, podría derivarse una responsabilidad civil por los daños causados, asumiendo que los hubiere y que existiera el nexo causal entre el daño y el incumplimiento. A estos efectos, habría que analizar si existe una causa que justifique la ausencia de firma (para determinar la existencia de culpa), porque no cualquier causa puede servir para exculpar o exonerar incumplimientos de obligaciones de los administradores. En todo caso, consideramos que la vigencia del estado de alarma debería justificar la ausencia de firma de las cuentas anuales.

Entendemos que en todo caso las cuentas anuales deberían estar firmadas por los administradores antes de su depósito en el Registro Mercantil.

4. La posibilidad de sustituir la propuesta de aplicación del resultado

El RDL 11/2020 introdujo un nuevo apartado 6 bis en el artículo 40 del RDL 8/2020, en línea con el comunicado conjunto del Colegio de Registradores de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en relación con las cuentas anuales y la propuesta de aplicación del resultado de sociedades mercantiles en el contexto de la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, de 26 de marzo de 2020¹².

La norma distingue entre dos situaciones:

- (i) La primera hace referencia al supuesto en el que una vez formuladas las cuentas anuales, se convoca la junta general a partir de la entrada en vigor del artículo 40.6 bis del RDL 8/2020 (es decir, a partir del 2 de abril de 2020), en cuyo caso la norma prevé la posibilidad de sustituir la propuesta de aplicación del resultado contenida en la memoria por otra propuesta.
- (ii) La segunda se refiere al supuesto en el que la junta general ya estuviera convocada, en cuyo caso la norma prevé la posibilidad de retirar la propuesta de aplicación de resultado, debiendo someter la nueva propuesta a la aprobación de una junta general que habrá de celebrarse dentro del plazo legalmente previsto para la celebración de la junta general ordinaria. En este supuesto, la decisión del órgano de administración deberá publicarse antes de la celebración de la junta general ya convocada. La certificación del órgano de administración a efectos del depósito de cuentas se limitará, en su caso, a la aprobación

12 <https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t=%7Bc8024b87-2f5d-4aef-9c34-06b7d2964462%7D>

de las cuentas anuales, presentándose posteriormente en el Registro Mercantil certificación complementaria relativa a la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado.

Lo verdaderamente importante es que en ambas situaciones, es decir, tanto cuando se convoca la junta general y se sustituye la propuesta de aplicación del resultado, como cuando convocada la junta se retira la propuesta de aplicación del resultado: (i) el órgano de administración debe justificar la sustitución o la retirada de la propuesta con base en la situación creada por la COVID-19; y (ii) la justificación deberá ir acompañada de un escrito del auditor de cuentas en el que se indique que no habría modificado su opinión si hubiera conocido la nueva propuesta en el momento de su firma.

En relación con este último requisito (el informe del auditor), es cuestionable su utilidad, en la medida en que el informe de auditoría no debe pronunciarse sobre la aplicación del resultado, sino que debe limitarse a comprobar si las cuentas anuales reflejan la imagen fiel de la empresa¹³. En todo caso, tratándose de un requisito previsto en la norma, no cumplir con el mismo podría dar argumentos para la impugnación del acuerdo, por lo que habrá que cumplir con el mismo con independencia de su falta de utilidad práctica.

Por lo demás, solo quedaría apuntar que la ausencia de una referencia expresa a la reformulación de las cuentas en el RDL 8/2020 y en el RDL 11/2020 descarta la duda que se plantearon bastantes compañías al inicio de la pandemia, acerca de si ésta era o no causa obligatoria de reformulación de las cuentas anuales, para aquellas sociedades que ya las hubieran formulado. A nuestro juicio, y también al de otros operadores jurídicos que se han ocupado de la cuestión, no lo debería ser, pues de haberlo querido el legislador lo habría regulado así. En cambio, ha omitido cualquier mención a la reformulación, debiendo entender que el legislador ha querido que siga aplicando en sus propios términos el régimen general en cuanto a reformulación previsto en el artículo 38.1 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (el "CCom"). Asimismo, ha de tenerse en cuenta que los efectos de la COVID-19 se han producido en el ejercicio 2020, y por tanto no deberían afectar a la situación patrimonial existente al cierre del ejercicio 2019. Todo ello sin perjuicio de que (i) en función de la actividad y circunstancias de cada sociedad, los administradores deban considerar si resulta oportuno incluir una mención en la memoria, como acontecimiento posterior al cierre; y (ii) cuando los efectos de la COVID-19 puedan ser de tal importancia para una compañía que puedan afectar al principio de empresa en funcionamiento, la reformulación si podría eventualmente resultar procedente.

5. Verificación (o auditoría) de las cuentas anuales

En cuanto a la auditoría contable, el artículo 40.4 del RDL 8/2020 prevé que, en el caso de que a la fecha de declaración del estado de alarma (14 de marzo de 2020) o durante la vigencia del mismo, el órgano de administración de una

13 En este sentido se pronuncia el documento de Conclusiones del Grupo de Trabajo de FIDE en Derecho de Sociedades con motivo del estado de alarma de 27 de abril de 2020 (<https://www.fidefundacion.es/attachment/1918209/>).

sociedad hubiera ya formulado las cuentas del ejercicio anterior, el plazo para la verificación contable por el auditor de esas cuentas (tanto si la auditoría fuera obligatoria como voluntaria) se entenderá prorrogado por dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma. Por tanto, teniendo en cuenta que el estado de alarma finalizó el 21 de junio de 2020, el plazo para la verificación por el auditor para aquellas sociedades que ya hubieran formulado las cuentas a la fecha de declaración del estado de alarma debe entenderse prorrogado hasta el 21 de agosto de 2020.

Si la sociedad no hubiera formulado las cuentas anuales durante el estado de alarma, dispondrá de tres meses para formularlas desde el levantamiento del estado de alarma (un mes, en su caso, para auditar desde la entrega de la documentación) y otros dos meses para celebrar la junta general ordinaria.

Es importante entender a fondo la flexibilidad y el juego de los plazos contenidos en el RDL 8/2020 a los efectos de formulación, verificación contable y aprobación de las cuentas anuales.

El hecho de haber completado una actuación societaria (formulación o verificación contable) antes de la declaración del estado de alarma o durante el mismo no obligaba a llevar a cabo la siguiente actuación durante dicho estado, pudiendo completar el proceso de formulación, verificación, aprobación y depósito una vez levantado el estado de alarma. Es decir, las sociedades pueden:

- (i) haber formulado, auditado y aprobado las cuentas anuales en la junta general ordinaria durante el estado de alarma;
- (ii) formular, auditar y celebrar la junta general ordinaria tras el levantamiento del estado de alarma;
- (iii) haber formulado durante el estado de alarma y auditar y celebrar la junta general ordinaria tras el levantamiento de dicho estado; y
- (iv) haber formulado y auditado durante el estado de alarma, y celebrar la junta general ordinaria tras el levantamiento del estado de alarma.

14 Link a la Consulta del ICAC de 2 de abril de 2020 (publicada antes de que se introdujeran ciertas modificaciones en el RDL 8/2020 que han modificado algunos aspectos a los que se refiere la Consulta): <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjBzf7Mt67qAh-VJKBoKHbKDCEcQFjAAegQI-BRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.icac.meh.es%2FControladores%2FVerDocumento.ashx%3Fhid%3Densxxx00010322&usg=AOv-Vaw3aZ9a40NrUyNK69mt1mo4h>

Ante la variedad de posibles supuestos, el artículo 40.4 del RDL 8/2020 ha planteado algún que otro problema en cuanto al juego de los plazos. El principal de ellos es que, en determinados casos, si el auditor apurase su plazo de prórroga previsto en el artículo 40.4 del RDL 8/2020 de dos meses tras la finalización del estado de alarma para la emisión de su informe, el plazo para la aprobación de las cuentas anuales podría resultar de imposible cumplimiento, ya que, sin el informe de auditoría, la junta no podría aprobar las cuentas anuales. En tal supuesto, de la Consulta del ICAC de fecha 2 de abril de 2020¹⁴ se desprende que el plazo de aprobación de las cuentas anuales por la junta habría de considerarse prorrogado como consecuencia de la aplicación de la prórroga del trabajo de auditoría del artículo 40.4 del RDL 8/2020.

6. Posibilidad de desconvocar la junta general publicada antes de la declaración de estado de alarma

De acuerdo con el artículo 40.6 del RDL 8/2020, si la junta general se hubiese convocado antes de la declaración del estado de alarma y la fecha de celebración fuera posterior a dicha declaración, el órgano de administración podrá (i) modificar el lugar y la hora previstos para celebración de la junta, o (ii) desconvocar la junta general mediante anuncio publicado con una antelación mínima de 48 horas en la página web de la sociedad y, si la sociedad no tuviera página web, mediante anuncio publicado en el BOE¹⁵.

En caso de optar por la desconvocatoria, el órgano de administración debería haber procedido a nueva convocatoria dentro del mes siguiente a la fecha de finalización del estado de alarma.

La norma contenida en este párrafo tuvo su importancia apenas fue declarado el estado de alarma, dado que eran bastantes las sociedades que se encontraban en esta situación (junta convocada y no celebrada a la fecha de la declaración del estado de alarma).

No deja de llamar la atención que el artículo 40.6 del RDL 8/2020 prevea para las juntas de sociedades no cotizadas convocadas antes del estado de alarma la posibilidad de desconvocarlas y no lo haga para sociedades cotizadas. En efecto, el artículo 41 del RDL 8/2020 guarda silencio al respecto, pero como vimos al inicio, ello no quiere decir que no quepa tal posibilidad en sociedades cotizadas¹⁶. Hasta el RDL 8/2020, no había existido regulación específica sobre la desconvocatoria de juntas, pero estaba generalmente admitida su validez en la práctica, siempre que se respetasen unos requisitos de capacidad y publicidad mínimos (básicamente, que desconvoque el mismo órgano que convocó, que la desconvocatoria se haga antes de la fecha prevista para la junta, que se le dé la misma publicidad que se dio a la convocatoria, y que se explique la razón para desconvocar), y ello tanto para sociedades cotizadas como para sociedades no cotizadas.

15 La publicación en el BOE parece excesiva, y probablemente debería haberse sustituido por BORME para evitar que el anuncio de la desconvocatoria se publique en un medio diferente al de la convocatoria.

16 De hecho, hay casos de sociedades cotizadas que han optado por desconvocar sus juntas generales de accionistas durante el estado de alarma. Así, por poner algunos ejemplos: (i) Naturgy publicó el 15 de marzo de 2020 una comunicación de "otra información relevante" en que daba a conocer la decisión de su consejo de administración de desconvocar la junta que estaba convocada para celebrarse tan solo dos días después, el 17 de marzo de 2020, "en aras de preservar la seguridad y salud de todos los accionistas, empleados y colaboradores, en un ejercicio de responsabilidad" (link a la comunicación: <https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t={d959a8bb-228a-47e9-986f-aa202056583a}>), (ii) AENA publicó el pasado 24 de marzo de 2020 una comunicación de "otra información relevante" de desconvocatoria de la junta ordinaria que estaba convocada para celebrarse el 31 de marzo de 2020, incluyendo una justificación en línea similar a la de Naturgy (link a la comunicación: <https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t={22a95187-1a19-4bd3-a42d-5b6c4149c7c5}>) y (iii) Lar España Real Estate SOCIMI publicó el 25 de abril de 2020 un hecho relevante de desconvocatoria de la junta ordinaria cuya celebración estaba prevista para el 27 de abril de 2020 (link al hecho relevante: <https://www.cnmv.es/portal/HR/verDoc.axd?t={3c2d5e18-4651-4577-b69d-da06ed916b20}>).

7. Aprobación de las cuentas anuales por la junta general ordinaria

En cuanto a la junta general ordinaria, el artículo 40.5 del RDL 8/2020 establece que “la junta general ordinaria, para aprobar las cuentas del ejercicio anterior, se reunirá necesariamente dentro de los dos meses siguientes a contar desde que finalice el plazo para formular las cuentas anuales”.

Es importante destacar que el *dies a quo* del plazo de dos meses¹⁷ para la celebración de la junta general ordinaria que apruebe las cuentas no es el levantamiento del estado de alarma, sino la fecha en que finaliza el plazo para formular las cuentas, plazo que, como se ha señalado anteriormente, quedó suspendido por tres meses a contar desde el 1 de junio de 2020 (es decir, hasta el 31 de agosto de 2020), lo cual lleva a que el plazo máximo de dos meses para la celebración de la junta general ordinaria al que se refiere el artículo 40.5 del RDL 8/2020 se extienda hasta el 31 de octubre de 2020¹⁸.

El artículo 40.7 del RDL 8/2020 prevé que el notario que fuera requerido para asistir a una junta general de socios para el levantamiento de acta notarial, pueda hacerlo mediante medios de comunicación a distancia en tiempo real que garanticen adecuadamente el cumplimiento de la función notarial.

8. Depósito de cuentas

Los reales decretos-leyes inicialmente aprobados con ocasión del estado de alarma no se ocuparon de la obligación de depósito de las cuentas anuales.

La DGSJFP (ya definida anteriormente) ha considerado en su Resolución de 5 de junio de 2020 que (i) el día final para cumplir con la obligación de llevar a cabo el depósito de las cuentas anuales coincide con el último día del mes siguiente a aquél en que se haya llevado a cabo su aprobación por la junta, y (ii) por lo que respecta al plazo de un año para evitar el cierre de la hoja registral previsto en el artículo 378.1 del RRM, para el caso de incumplimiento de la obligación del depósito de cuentas, no procede ligar el *dies a quo* de dicho plazo de un año al cierre del ejercicio anterior, sino al último día anterior al comienzo del plazo para formular las cuentas anuales.

En consecuencia, para aquellas compañías cuyo ejercicio social cerrase a 31 de diciembre de 2019:

- (i) el plazo máximo para cumplir con la obligación de llevar a cabo el depósito de las cuentas anuales finalizaría el día 30 de noviembre de 2020¹⁹ (asumiendo, hemos de entender, que se hubiera apurado el plazo para celebrar la junta general ordinaria y se hubiera aprobado las cuentas anuales en el mes de octubre de 2020); y

17 Conviene recordar que la redacción vigente del artículo 40.5 del RDL 8/2020 es producto de una modificación operada por la Disposición final octava, apartados tres y cuatro, del RDL 19/2020. Anteriormente, el artículo 40.5 del RDL 8/2020 contemplaba un plazo de tres meses, en lugar de dos, para la aprobación de las cuentas anuales por la junta general ordinaria. Como pone de relieve la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, se unifica así el plazo establecido en el artículo 41.1 b) del RDL 8/2020 para que las sociedades cotizadas aprueben sus cuentas con el de las sociedades no cotizadas, dando el mismo trato legal a todas las sociedades de capital, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio.

18 En este sentido se ha pronunciado la DGSJFP en su Resolución de 5 de junio de 2020 (<https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2020/06/Resoluci%C3%B3n-DGSJFP-05-06-2020-Consulta-Covid-19-y-cuentas.pdf>).

19 El Registro Mercantil de Madrid ha publicado en su página web (<https://www.rmercantilmadrid.com/RMM/Home/News.aspx#News052020>) que el plazo para depositar las cuentas anuales finaliza el 30 de noviembre de 2020.

- (ii) el plazo de un año contemplado en el artículo 378.1 del RRM para evitar que se produzca el cierre de la hoja social como consecuencia del incumplimiento de la obligación de depósito finalizaría el día 31 de mayo de 2021 (teniendo en cuenta que el 31 de mayo es el último día anterior al comienzo del plazo para formular las cuentas anuales, según resulta del artículo 40.3 del RDL 8/2020).

9. Legalización de libros

Los reales decretos-leyes aprobados hasta este momento tampoco se han ocupado de la legalización de los libros obligatorios de empresarios. De hecho, el artículo 40 del RDL 8/2020 suspende el plazo para formular las cuentas anuales, pero guarda silencio en cuanto al plazo del que disponen los empresarios para presentar en el Registro Mercantil los libros de llevanza obligatoria para su legalización.

De acuerdo con el artículo 27.2 del CCom, el artículo 18.1 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y el artículo 333 del RRM, el plazo para la legalización de los libros es de cuatro meses desde el cierre del ejercicio al que los libros vienen referidos.

La DGSJFP abordó inicialmente esta cuestión mediante resolución de fecha 10 de abril de 2020²⁰, en la que concluyó lo siguiente:

- (i) Las sociedades para las que a fecha 14 de marzo de 2020 (fecha de declaración del estado de alarma) no había finalizado el plazo para formular sus cuentas anuales y a las que es de aplicación el artículo 40 del RDL 8/2020 (sociedades que constituyen la inmensa mayoría), podrán presentar a legalizar sus libros obligatorios dentro del plazo de cuatro meses a contar desde la fecha de finalización del estado de alarma.
- (ii) Por el contrario, (a) aquellas sociedades para las que a fecha 14 de marzo de 2020 ya había transcurrido el plazo para formular sus cuentas anuales, no quedan afectadas por la suspensión, por lo que se aplican las reglas generales para la legalización de libros obligatorios, y (b) aquellas sociedades cuya fecha de fin de cierre de ejercicio sea posterior a la fecha de finalización del estado de alarma (es decir, posterior al 21 de junio de 2020) y que, por tanto, no queden afectadas por el artículo 40 del RDL 8/2020, deberán legalizar sus libros obligatorios de conformidad con las reglas generales.
- (iii) Todo lo anterior, sin perjuicio de que las sociedades que efectivamente deseen legalizar los libros obligatorios que tengan debidamente elaborados lo puedan hacer en cualquier tiempo, aun estando en vigor el estado de alarma. El plazo de suspensión para la formulación de cuentas es voluntario y la DGSJFP opina que lo mismo debe

20 <https://ficheros.mjusticia.gob.es/aviso/Resoluci%C3%B3n%20DGSJFP%2010-04-2020-CONSULTA%20COVID%2019%20Y%20LIBROS%20EMPRESARIOS.pdf>

entenderse en relación con la obligación de presentar a legalización los libros obligatorios.

No obstante lo anterior, con posterioridad a la citada resolución de la DGSJFP, el Registro Mercantil de Madrid ha publicado en su página web²¹ un único plazo para la legalización de libros, que finalizó el 30 de septiembre de 2020, y que, probablemente con la finalidad pragmática de simplificar plazos de presentación y evitar mayor confusión, prescinde de realizar distinción alguna entre los diferentes supuestos de hecho que planteó la DGSJFP en la resolución mencionada.

10. Suspensión del derecho del derecho de separación

De acuerdo con el párrafo primero del artículo 40.8 del RDL 8/2020, en las sociedades de capital, aunque concurra causa legal o estatutaria, los socios no podían ejercitar el derecho de separación hasta la finalización del estado de alarma.

Se trata de una norma general que, por tanto, resulta de aplicación a todas las causas legales de separación contempladas en los artículos 346 y 348 bis de la LSC, y a las causas que los socios hubieren podido introducir en los estatutos sociales al amparo del artículo 347 de la LSC.

La norma ha venido planteando dudas, en particular, en relación con el derecho de separación por falta de distribución de dividendos ex artículo 348 bis de la LSC.

De acuerdo con la redacción original del artículo 40.8 del RDL 8/2020, los socios no podían ejercer el derecho de separación por falta de distribución de dividendos, aunque concurrieran las circunstancias previstas en el artículo 348 bis de la LSC, "hasta que finalice el estado de alarma y las prórrogas del mismo que, en su caso, se acuerden". Una interpretación literal de este artículo permitía sostener que los socios sí podrían ejercitar el citado derecho de separación por falta de reparto de dividendos cuando (i) concurrieran los requisitos que exige el artículo 348 bis de la LSC, y (ii) se celebrase, una vez levantado el estado de alarma, la junta general que aprobase las cuentas anuales y la aplicación del resultado del ejercicio 2019, lo cual ha hecho de este precepto uno de los más criticados.

A nuestro juicio, una interpretación tan estricta de la norma parece poco razonable ya que, desde un punto de vista teleológico, entendemos que la norma pretendía (i) proteger a las sociedades de capital de los riesgos patrimoniales derivados de la situación extraordinaria que había determinado la declaración del estado de alarma, y (ii) facilitar el funcionamiento de los órganos sociales ante las restricciones de la libertad de movimientos derivados de dicho estado. Si eso era así, parece que lo razonable sería que los socios no pudieran ejercitar el derecho de separación por falta de distribución de dividendos en relación con el ejercicio de 2019, con independencia de que se aprobasen las cuentas anuales y la aplicación del resultado durante el estado de alarma o en los tres meses posteriores a su finalización, tal y como permite el artículo 40.5 RDL 8/2020.

21 <https://www.rmercantilmadrid.com/RMM/Home/News.aspx#-News052020>

Los problemas que generaba la redacción inicial del precepto hicieron necesaria su modificación. A tal fin, el RDL 25/2020 ha venido a zanjar la polémica, modificando el RDL 8/2020 a través de su Disposición final cuarta, tres, añadiendo un párrafo nuevo al final del artículo 40.8 del RDL 8/2020, con la siguiente redacción: “No obstante, el derecho de separación previsto en los apartados 1 y 4 del artículo 348 bis del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, se suspende hasta el 31 de diciembre de 2020”. Según señala la exposición de motivos del RDL 25/2020, a la vista del impacto económico derivado de la crisis sanitaria de la COVID-19, resultaba conveniente extender el plazo de suspensión del derecho de separación de los socios (únicamente en el supuesto de separación por falta de dividendos) para permitir de esta forma a las compañías la retención del dividendo para que puedan afrontar la recuperación económica con una solvencia reforzada.

La suspensión del derecho de separación se extiende solo durante un período temporal que la norma considera en estos momentos que es necesario para conseguir el objetivo descrito, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2020. No obstante, este esquema permitiría prorrogar la duración de la suspensión en caso de que fuera necesario, como ya sucedió antes de la entrada en vigor del artículo 348 bis de la LSC, con motivo de la crisis inmobiliaria, eso sí, mediando la modificación legal oportuna.

11. Disolución de la sociedad

En materia de disolución de sociedades, se han aprobado tres medidas:

- (i) la no obligatoriedad de la disolución de la sociedad en caso de transcurso del término duración de la sociedad previsto en los estatutos sociales si éste se produjo durante el estado de alarma,
- (ii) la suspensión del plazo para que los administradores soliciten la disolución de la sociedad cuando ésta se encuentre incurso en alguna de las causas legales de disolución hasta la finalización del estado de alarma; y
- (iii) la suspensión provisional de la causa legal de disolución por pérdidas, y la exoneración a los administradores de la responsabilidad por determinadas deudas asociadas a la causa legal de disolución por pérdidas (en concreto aquellas deudas incurridas por la sociedad durante el estado de alarma).

No disolución por el transcurso del término estatutario de duración de la sociedad

En el caso de que durante la vigencia del estado de alarma hubiera transcurrido el término de duración de la sociedad fijado en los estatutos sociales, el artículo

40.10 del RDL 8/2020 prevé que no se produzca la disolución de pleno derecho (ex artículo 360.1 a) de la LSC) hasta transcurridos dos meses a contar desde la finalización de dicho estado.

La norma tiene su cierta importancia no solo desde la perspectiva de la extensión del plazo de duración de las compañías, sino desde el punto de vista de responsabilidad de administradores, ya que, en condiciones normales, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 360.1 de la LSC, transcurrido un año sin que se hubiere inscrito la disolución de la sociedad, los administradores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales. En cambio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.10 del RDL 8/2020, el plazo de un año del segundo párrafo del artículo 360.1 de la LSC para inscribir la disolución de la sociedad ocurrida durante o antes del estado de alarma comenzará a correr no desde el trascurso del término de duración de la sociedad fijado en los estatutos, sino desde el transcurso de los dos meses tras la finalización del estado de alarma.

Suspensión de la causa de disolución por pérdidas

El artículo 363.1 e) de la LSC establece que la sociedad de capital deberá disolverse “Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”.

Pues bien, el artículo 18 del RDL 16/2020 ha venido a introducir un paréntesis temporal en la aplicación de la anterior regla general. En concreto, a los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas cualificadas del artículo 363.1 e) de la LSC²², no se tomarán en consideración las pérdidas del ejercicio 2020.

El artículo 18 del RDL 16/2020 aclara expresamente que el único año que se exceptúa de la regla general es el 2020, ya que establece que, si el resultado del siguiente ejercicio (ejercicio 2021) arroja pérdidas que dejasen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio 2021, los administradores deberán convocar por iniciativa propia o a solicitud de cualquier socio la junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente (o se remueva la causa de disolución de otro modo, aunque la norma no lo diga expresamente).

22 Debe entenderse por tanto que sí habrá que tener en cuenta las pérdidas a cualquier otro efecto donde puedan ser relevantes.

Por tanto, ha de entenderse que, por ejemplo, dichas pérdidas sí deberían computarse a la hora de determinar la capacidad de una sociedad para repartir dividendos, teniendo en cuenta los límites de la LSC que han de respetarse para el reparto de dividendos.

La anterior medida excepcional ha de entenderse que aplica sin perjuicio del deber de solicitar la declaración de concurso en el caso de que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia a 31 de diciembre de 2020, todo ello en las condiciones que el propio RDL 16/2020 contiene, pues el artículo 11.1 del RDL 16/2020 establece un régimen especial de solicitud de declaración del concurso al que habría que remitirse en su caso.

Según la exposición de motivos del RDL 16/2020, el objetivo de esta medida es atenuar temporal y excepcionalmente las consecuencias que tendría la aplicación en la actual situación de las normas generales sobre disolución de sociedades de capital y sobre declaración de concurso, de modo tal que se permita a las empresas ganar tiempo para poder reestructurar su deuda, conseguir liquidez y compensar pérdidas, ya sea por la recuperación de su actividad ordinaria o por el acceso al crédito o a las ayudas públicas. De esta forma, se amplía la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores hasta el 31 de diciembre de 2020 y se prevé que a los efectos de la causa legal de disolución por pérdidas no se computen las del presente ejercicio 2020.

Suspensión del plazo para solicitar la disolución de la sociedad

En condiciones normales, según lo previsto en el artículo 365 de la LSC, los administradores deben convocar la junta general en el plazo de dos meses en caso de que concurra una causa legal de disolución, para que la junta adopte el acuerdo de disolución (o, aunque la norma no lo prevea expresamente, adopte un acuerdo que remueva la causa de disolución) o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso.

A pesar de que la norma no lo diga expresamente, dejando de lado supuestos excepcionales y posiciones minoritarias de algunos autores, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el *dies a quo* del plazo de dos meses para convocar la junta es (i) la fecha en que los administradores conocen de la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas cualificadas ex artículo 363.1 e) de la LSC, o (ii) la fecha en que debieron conocer de la concurrencia de dicha causa si hubieran actuado con la diligencia debida. Con carácter general, y obviando situaciones más excepcionales (donde, por ejemplo, sea evidente atendiendo a las circunstancias concurrentes que los administradores debieran haber tenido conocimiento de la causa de disolución por pérdidas con carácter previo), la fecha en que los administradores formulan las cuentas anuales (o en última instancia el último día del plazo para formular las cuentas anuales) suele coincidir con la fecha en que se entiende que comienza a computar el plazo legal de dos meses para convocar la junta, ya que es entonces cuando los administradores normalmente toman conciencia de la situación de desequilibrio patrimonial de la sociedad que lleva a la causa de disolución o deberían haberlo hecho si hubieran sido actuado diligentemente.

Pues bien, el artículo 40.11 del RDL 8/2020 ha venido a suspender este plazo hasta la finalización del estado de alarma. Así, establece que en el caso de que, antes o durante el estado de alarma, concurriera causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad, quedará suspendido el plazo legal de dos meses del que disponen los administradores para convocar la junta general hasta la finalización de dicho estado de alarma. La suspensión no implica que el plazo se inicie de nuevo de

cero, sino que se reanuda por el tiempo que restaba del plazo inicial de dos meses en caso de que hubiera comenzado a contar antes de la declaración del estado de alarma.

Responsabilidad de administradores por deudas sociales en supuestos de causa de disolución por pérdidas

En condiciones normales, de acuerdo con el artículo 367 de la LSC, responden solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad (en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución).

No obstante, de acuerdo con el artículo 40.12 del RDL 8/2020, 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.

En primer lugar, ha de apuntarse que la norma toma como referencia para la aplicación de la exoneración de responsabilidad la fecha de “acaecimiento de la causa de disolución”. Con arreglo a la literalidad, si la causa de disolución acaeció durante el estado de alarma y los administradores incumplen su obligación de convocar junta en el plazo legal de dos meses (suspendido durante el estado de alarma, como hemos visto en virtud del artículo 40.11 del RDL 8/2020), solo responderán de las deudas sociales posteriores al fin del estado de alarma. Por el contrario, si la causa de disolución acaeció antes del estado de alarma, los administradores responderán de todas las deudas sociales posteriores a la fecha de acaecimiento de la causa de disolución, sin excepción (es decir, responderán también de las deudas incurridas durante el estado de alarma).

Nótese que, normalmente, será bastante difícil de identificar la fecha de acaecimiento de la causa de disolución con precisión, pues, en la gran mayoría de los casos, el fin del ejercicio social coincide con el del año natural, y si bien los administradores sí tienen obligación de formular cuentas anuales referidas al fin del ejercicio social, no tienen obligación de formular balances mensuales (ni tampoco es práctica habitual hacerlo), por lo que será difícil poder determinar con certeza la fecha en que una sociedad incurrió en causa de disolución, y en concreto si lo hizo antes o después de la declaración del estado de alarma.

Asimismo, llama la atención la falta de consistencia y coordinación entre el artículo 40.11 del RDL 8/2020 (que prevé que si “antes de la declaración del estado de alarma y durante la vigencia de este estado”, concurría la causa de disolución, el

plazo legal para convocar la junta queda suspendido hasta la finalización del estado de alarma) y el artículo 40.12 del RDL 8/2020 (que establece que, si esa causa de disolución hubiera surgido “durante la vigencia del estado de alarma”, los administradores no serán responsables de las deudas que la sociedad contraiga “en ese periodo”). Esta discrepancia podría llevar a pensar en una primera aproximación puramente literal, que el artículo 40.11 suspende el deber de convocar la junta general con independencia de que la causa de disolución concurriese antes o durante el estado de alarma, mientras que la exoneración de responsabilidad contenida en el artículo 40.12 solo aplica a las deudas que hubieran surgido durante el estado de alarma y siempre que la causa de disolución hubiera surgido durante su vigencia y no antes. Si esta interpretación fuera correcta, podría dar lugar a un tratamiento diferenciado de dos situaciones no muy distintas entre sí que a nuestro juicio no tendría mucha justificación. En aquellos casos en los que la causa de disolución hubiera acaecido antes de la declaración del estado de alarma, los administradores estarían en peor situación que si la causa de disolución hubiera tenido lugar durante el estado de alarma.

Por ello, a nuestro juicio, aplicando un criterio de interpretación teleológico, creemos que lo que la norma pretende es proteger tanto a la sociedad como a los administradores ante esta situación excepcional, y que, por tanto, la interpretación más razonable es que, en cualquiera de los dos escenarios anteriormente mencionados, no cabría exigir responsabilidades a los administradores por las deudas contraídas durante el periodo de alarma, en la medida en que su responsabilidad está directamente ligada a su eventual incumplimiento del deber de convocar la junta general y ese deber ha quedado en suspenso. En todo caso, convendría que estos preceptos se aclarasen en aras de una mayor seguridad jurídica.

Por último, conviene apuntar que la literalidad del artículo 40.12 del RDL 8/2020 parece contemplar una suerte de exoneración incondicional a los administradores de responsabilidad por las deudas sociales contraídas durante el estado de alarma, con independencia de que luego incumplan su obligación de convocar junta en el plazo legal (prorrogado). No parece que esta lectura sea la más razonable, pues significaría que el legislador habría querido dar carta blanca a los administradores para permitirles contraer obligaciones en nombre de la sociedad sin límites, y sin necesidad de advertir a los acreedores de la situación patrimonial de la compañía, durante un período tan sensible como ha sido el estado de alarma, sin haber convocado junta para tratar de remover la causa de disolución o disolver la sociedad, y sin quedar expuestos a responsabilidad alguna a pesar de ello. Más bien parece que esta norma quizás debiera interpretarse, en consonancia con el artículo 40.11 del RDL 8/2020, en el sentido de que durante el estado de alarma los acreedores no pueden ejercitar acciones de responsabilidad por deudas sociales contra los administradores. Sea como fuere, sería conveniente que esta cuestión se aclarase también para que los administradores y acreedores puedan tener claras las reglas del juego a las que atenerse²³.

23 En este sentido se pronuncia el documento de Conclusiones del Grupo de Trabajo de FIDE en Derecho de Sociedades con motivo del estado de alarma de 27 de abril de 2020 (<https://www.fidefundacion.es/attachment/1918209/>).

IV. Régimen aplicable a las sociedades cotizadas

El artículo 41 del RDL 8/2020 establece una serie de medidas excepcionales que resultan de aplicación, únicamente durante el año 2020, a las sociedades con valores admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión Europea, y que básicamente consisten en una suspensión o prórroga de los plazos para el cumplimiento de ciertas obligaciones legales, y en una flexibilización de las reglas de funcionamiento tanto del consejo de administración como de la junta general.

1. Ámbito de aplicación subjetivo

Antes de entrar a analizar las medidas concretas, conviene hacer un breve paréntesis para aclarar una cuestión importante en cuanto al ámbito de aplicación subjetivo de las medidas previstas en el artículo 41 del RDL 8/2020. De acuerdo con el tenor literal del precepto, este artículo es únicamente aplicable a las sociedades cotizadas en las bolsas de valores españolas y a las sociedades emisoras de valores de renta fija negociados en el AIAF, así como a aquellas otras con valores admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión Europea. Por lo tanto, y esto es lo que nos parece más importante resaltar, el artículo 41 del RDL 8/2020 no sería de aplicación a aquellas SOCIMIs que coticen en BME Growth, pues éste no es un mercado regulado, sino un sistema multilateral de negociación (SMN), cuyo régimen lo encontramos en los artículos 26 y siguientes del Real Decreto Ley 21/2017. Por tanto, las SOCIMIs cotizadas en BME Growth quedarían sujetas únicamente al régimen del artículo 40 del RDL 8/2020 que hemos visto en el apartado anterior relativo a sociedades de capital en general.

2. Plazos

Centrándonos ya en las medidas previstas en el artículo 41 del RDL 8/2020 para sociedades cotizadas, en primer lugar, los apartados a) y b) del artículo 41.1 del RDL 8/2020 modifican una serie de plazos aplicables a las sociedades cotizadas:

- (i) Informe financiero anual e informe de auditoría: la obligación de publicar y remitir dichos informes podrá cumplirse hasta seis meses contados a partir del cierre del ejercicio social (frente a los cuatro meses que aplicaría en ausencia de las medidas excepcionales).
- (ii) Declaración intermedia de gestión e informe financiero semestral: la obligación de publicar y remitir dichos informes podrá cumplirse hasta cuatro meses contados a partir del cierre del ejercicio social (frente a los dos o tres meses –según la fecha de publicación del informe anual– que aplicaría en ausencia de las medidas excepcionales).

- (iii) Junta general ordinaria: podrá celebrarse dentro de los diez primeros meses del ejercicio social (frente los seis primeros meses que aplicaría en ausencia de las medidas excepcionales).

3. Celebración de la junta general de accionistas

Según el apartado c) del artículo 41.1 del RDL 8/2020, el consejo de administración podrá prever en la convocatoria de la junta general la asistencia telemática y el voto a distancia en tiempo real, así como la celebración de la junta en cualquier lugar del territorio nacional, aunque estos extremos no estén previstos en los estatutos sociales. Si la convocatoria se hubiera publicado a la fecha de entrada en vigor del RDL 8/2020, se permite la publicación de un anuncio complementario previendo estas posibilidades, siempre que dicho anuncio se publique al menos cinco días naturales antes de la fecha prevista para la celebración de la junta general. Parece que debe entenderse que el consejo de administración tiene libertad para optar por prever ambos procedimientos o solo uno de ellos, cuando en el apartado c) del artículo 41.1 dice “se podrá prever cualquiera de estos supuestos”.

Según el apartado d) del artículo 41.1 del RDL 8/2020, en caso de que como consecuencia de las medidas impuestas por las autoridades públicas no fuera posible celebrar la junta general en el lugar y sede física previstos en la convocatoria, y no pudiese hacerse uso de la facultad prevista en el párrafo anterior, se permiten las siguientes actuaciones:

- (i) Si la junta se hubiese constituido válidamente, podrá acordarse por la propia junta continuar la celebración en el mismo día, pero en otro lugar y sede dentro de la misma provincia, estableciendo un plazo razonable para el traslado de los asistentes.

Se trata éste de un supuesto un tanto curioso, porque no se acaba de entender bien qué tenía en mente el legislador al regularlo. El supuesto consistiría en que una junta ya se hubiese constituido válidamente en el lugar y sede previstos en la convocatoria, pero que no pudiera continuar por las medidas restrictivas derivadas de la pandemia, y la propia junta acordase entonces –sin ni siquiera estar en el orden del día– un traslado urgente en el mismo día a otra ubicación en la misma provincia (“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”). Quizás el legislador estuviera pensando de forma visionaria en un posible escenario de desescalada asimétrica dentro de la misma provincia, pero lo cierto es que no se alcanza a entender bien el propósito de esta parte del precepto. Tampoco se entiende bien que, si realmente no fuera posible celebrar la junta en el lugar señalado en la convocatoria por las medidas restrictivas o de distanciamiento derivadas de la pandemia, la junta no obstante pudiera constituirse

válidamente y tomar la decisión de trasladar el lugar de celebración a un lugar distinto dentro de la misma provincia.

- (ii) Si la junta no pudiera celebrarse, podrá anunciarse la convocatoria para la ulterior celebración de la misma con el mismo orden del día y los mismos requisitos de publicidad que la junta no celebrada, siempre que se publique dicha convocatoria con al menos cinco días de antelación a la fecha fijada para la celebración de la junta.

En este caso, el consejo de administración podrá prever en el anuncio complementario que la junta se celebre exclusivamente por medios telemáticos²⁴, siempre que ofrezca a los accionistas la posibilidad de participar por todas y cada una de las siguientes vías: (a) asistencia telemática, (b) representación conferida al presidente de la junta por medios de comunicación a distancia, y (c) voto anticipado a través de medios de comunicación a distancia, todo ello a pesar de que cualquiera de las anteriores modalidades de participación no estuviera prevista en los estatutos de la sociedad, pero sujeto siempre a que se articulen garantías razonables para asegurar la identidad de quien ejerce su derecho de voto. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en las juntas no exclusivamente telemáticas, el artículo 41.1 d) ii) prevé que, para la celebración de juntas exclusivamente telemáticas, debe existir “la posibilidad de participar en la reunión por todas y cada una” de las vías previstas (asistencia telemática y delegación o voto por medios de comunicación a distancia).

La junta se entenderá celebrada en el domicilio social independientemente de dónde se halle el presidente de la junta, y los miembros del consejo de administración podrán asistir mediante videoconferencia o conferencia telefónica.

4. Adopción de acuerdos del consejo de administración y de la comisión de auditoría

Conforme al artículo 41.2 del RDL 8/2020, excepcionalmente, y únicamente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 41.1, serán válidos los acuerdos adoptados por el consejo de administración (y, en su caso, por la comisión de auditoría cuando ésta haya de informar previamente) cuando hubieren sido adoptados por videoconferencia o conferencia telefónica múltiple, aunque esta posibilidad no estuviera prevista en estatutos, siempre que todos sus miembros cuenten con los medios necesarios para ello y el secretario reconozca su identidad. Esta circunstancia deberá expresarse en el acta y la certificación de los acuerdos adoptados, considerándose la sesión única y celebrada en el domicilio social.

Es importante aclarar que esta posibilidad (la de adoptar acuerdos por videoconferencia o conferencia telefónica múltiple, aunque esta posibilidad no estuviera prevista en estatutos) se prevé en el artículo 41.2 del RDL 8/2020 “únicamente a los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior”, refiriéndose al artículo 41.1

24 El Comunicado conjunto complementario del Colegio de Registradores de España y la CNMV sobre las juntas generales de sociedades cotizadas convocadas para su celebración mientras estén en vigor restricciones o recomendaciones derivadas de la crisis sanitaria, de 28 de abril de 2020 (<http://cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t={a8e-236fe-12c2-416d-b9fd-8ad4b6c-05fb4}>), en previsión de posibles restricciones a la movilidad que pudiesen limitar el derecho de los accionistas a asistir personalmente a la junta, prevé que el consejo pueda decidir celebrar una junta exclusivamente telemática para evitar situaciones discriminatorias: “En relación con este último derecho, previsto en el artículo 514 de la Ley de Sociedades de Capital, debe tenerse en cuenta que las posibles restricciones o recomendaciones de las autoridades públicas en relación con la movilidad de las personas o con respecto a reuniones de más de cierto número de personas que afecten a todo o parte del territorio nacional podrían limitar de facto el derecho de todos o parte de los accionistas a asistir, personalmente o por medio de representante, a la junta general de accionistas en el lugar previsto para su celebración, razón por la que en estas circunstancias el consejo de administración, en aras a evitar situaciones discriminatorias, podría decidir que la junta se celebre por vía exclusivamente telemática, en los términos previstos en el artículo 41.1.d) del RD-Ley 8/2020”.

del RDL 8/2020, cuyo contenido, como hemos visto, se limita regular los plazos de publicación de la información financiera periódica y de la convocatoria de junta. Por tanto, no aplicaría en el caso de acuerdos con contenido no relacionado con las materias relacionadas en el artículo 41.1 del RDL 8/2020. Ello explica que el artículo 41.2 del RDL 8/2020 solo haga referencia a la comisión de auditoría – además, solo cuando ésta haya de informar un acuerdo del consejo– y no al resto de comisiones.

No obstante lo anterior, para acuerdos de consejo y comisión de auditoría relativos a materias distintas de las referidas en el artículo 41.1 del RDL 8/2020, y para cualquier acuerdo del resto de comisiones del consejo, salvo que los estatutos lo prevean expresamente, sería posible recurrir al artículo 40.1 del RDL 8/2020, que prevé la posibilidad de que “los órganos de gobierno y administración”, incluyendo todas las comisiones del consejo, puedan celebrar sus reuniones y adoptar acuerdos por videoconferencia (y tras la reforma del artículo, también por conferencia telefónica) durante el período de alarma, incluso “aunque los estatutos no lo hubieran previsto”. Así pues, con el fin de evitar reuniones presenciales de consejos y comisiones, el artículo 40.1 del RDL 8/2020 habría venido a permitir la adopción de acuerdos por videoconferencia (y finalmente, tras la modificación oportuna del artículo, también por conferencia telefónica) en consejo y comisiones con carácter general a aquellas sociedades que no tuvieran previsión estatutaria al respecto durante el estado de alarma, y hasta el 31 de diciembre de 2020.

5. Propuesta de aplicación del resultado

De acuerdo con el artículo 41.3 del RDL 8/2020²⁵, cuando las sociedades cotizadas apliquen cualquiera de las medidas recogidas en el artículo 40.6 bis del RDL 8/2020 (que, recordemos, permite la sustitución de la propuesta de aplicación del resultado tanto si la junta general ordinaria estuviera ya convocada como si estando formuladas las cuentas anuales se convocara dicha junta a partir de la entrada en vigor del artículo 40.6 bis, es decir, a partir del 2 de abril de 2020), la nueva propuesta de aplicación de resultado, su justificación por el órgano de administración y el escrito del auditor deberán hacerse públicos, tan pronto como se aprueben, como información complementaria a las cuentas anuales en la página web de la entidad y en la de la Comisión Nacional del Mercado de Valores como otra información relevante o, en caso de ser preceptivo atendiendo al caso concreto, como información privilegiada.²⁶

25 Conviene recordar que el artículo 41.3 del RDL 8/2020 es producto de una modificación operada por el RDL 11/2020, que introdujo dicho apartado al introducir también el artículo 40.6 bis del RDL 8/2020.

26 Algunos ejemplos de sociedades cotizadas que han optado por modificar su propuesta de aplicación del resultado con base en el artículo 40.6 del RDL 8/2020, y han procedido con la publicidad exigida por el artículo 41.3 del RDL 8/2020 son los siguientes: (i) NH Hotel Group (link: <https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t={90c40862-45d6-4fc7-8b79-eea77df7ca9d}>), (ii) Gestamp Automoción (link: <https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t=%7B625af54e-b71a-42f0-801a-52099e58d84a%7D>), (iii) Inmobiliaria Colonial (<https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t=%7Bda9ffe9f-e549-4969-b84e-1eddc34ceaa%7D>), o (iv) AENA (<https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t=%7Ba69f97d7-0989-4d52-99de-0806e40f5c11%7D>).

Adenda

Con posterioridad al cierre de este artículo, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria (el "RDL 34/2020"), que introduce algunas novedades en materia societaria para el año 2021.

Como se ha indicado en este artículo, el RDL 8/2020 y el RDL 11/2020 establecieron la posibilidad de que, durante 2020, las personas jurídicas de Derecho privado pudieran celebrar sus juntas de socios o asambleas por videoconferencia o conferencia telefónica múltiple (aun no estando incluida tal posibilidad en sus estatutos) siempre que todos los asistentes contaran con los medios necesarios, el secretario reconociera su identidad y así lo expresara en el acta, que sería enviada de inmediato a las direcciones de correo electrónico correspondiente. El RDL 34/2020 extiende el plazo de aplicación de estas medidas extraordinarias a las sociedades de responsabilidad limitada y a las sociedades comanditarias por acciones, de modo que seguirán siendo de aplicación durante el año 2021.

Por otro lado, para el supuesto de sociedades cotizadas, se había establecido que, durante 2020, el consejo de administración podría prever en la convocatoria de la junta general la asistencia por medios telemáticos y voto a distancia, así como la celebración de la junta en cualquier lugar del territorio nacional, aunque estos extremos no hubieran estado previstos en los estatutos. El RDL 34/2020 prevé que cualquier sociedad anónima (cotizada o no) pueda acogerse a esta posibilidad durante 2021.

El impacto de la crisis de la COVID-19 en las relaciones laborales

Luis Enrique Fernández Pallarés

Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LABORAL

I. Introducción	40
II. Medidas de regulación de empleo. Expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción	40
1. Procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor	41
1.1. Concepto de fuerza mayor	41
1.2. Procedimiento de implementación de los ERTes por Fuerza Mayor	42
1.3. Duración de los ERTes por Fuerza Mayor	44
1.4. Exoneración de las cuotas a la Seguridad Social por parte de las empresas	45
1.5. Compromiso de salvaguarda de empleo	48
2. Procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción	51
2.1. Particularidades reguladas por el RDL 8/2020	51
2.2. Prórroga de las particularidades incluidas por el RDL 8/2020	52
2.3. Exoneración de las cuotas a la Seguridad Social y compromiso de salvaguarda de empleo	53
III. Medidas dirigidas a proteger a los trabajadores	54
1. Limitaciones de despedir	54
2. La interrupción del cómputo de la duración de los contratos temporales	56
3. Medidas extraordinarias en relación con las prestaciones por desempleo	57
IV. La nueva realidad de la prestación de servicios	58
1. El carácter preferente del teletrabajo	58
2. Adopción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo	59
V. Efectos de la crisis sanitaria en la jurisdicción social a consecuencia de la COVID-19	60



Resumen: El presente artículo analiza el efecto de la crisis generada por la COVID-19 en el ámbito laboral, haciendo una revisión de los diversos reales decretos-leyes dictados para flexibilizar el régimen vigente de los expedientes de regulación temporal de empleo, tanto por causas de fuerza mayor como por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, así como las diversas medidas aprobadas para proteger a los trabajadores y a las empresas a raíz de la crisis sanitaria.

Abstract: This article analyses the impact of the COVID-19 crisis on employment relations, reviewing the various Royal Decree-laws enacted to make the current system of temporary employment regulations ("ERTEs") more flexible, both for reasons of force majeure and for financial, technical, organisational or productive reasons, and the measures taken to protect employees and companies as a consequence of the health crisis.



Palabras clave: ERTE, ERTE ETOP, fuerza mayor, Covid-19, crisis sanitaria, Seguridad Social.

Keywords: Temporary Employment Regulation Files (ERTE, for its Spanish acronym), Economic, Productive, Organisational and Technical reasons (ETOP for its Spanish acronym), force majeure, Covid-19, health crisis, Social Security.

El impacto de la crisis de la Covid-19 en las relaciones laborales

I. Introducción

La situación extraordinaria generada por la expansión de la COVID-19, desde que el pasado 31 de diciembre de 2019 la Comisión Municipal de la Salud y Sanidad de Wuhan (provincia de Hubei, China) informara sobre un brote de 27 casos de neumonía causado por este virus, ha provocado a nivel mundial una crisis sanitaria sin precedentes con un evidente impacto en la economía global y en la actividad de las empresas.

Dicha crisis sanitaria ha situado al Gobierno de España en una situación sobrevenida que le ha obligado a adoptar medidas en todos los ámbitos, pero especialmente en el ámbito laboral, las cuales han tenido como objetivo principal flexibilizar las relaciones de trabajo con el fin de mantener la actividad económica y asegurar su reanudación una vez finalizada la crisis sanitaria, así como buscar la protección de los trabajadores.

De este modo, desde el inicio de la crisis sanitaria se han publicado sucesivos reales decretos-leyes, con el objeto de regular de manera urgente las medidas necesarias para que los distintos sectores de la economía puedan hacer frente al impacto de la crisis sanitaria de la COVID-19 sobre su actividad, entre las que cabe destacar en el ámbito laboral, entre otras, la necesidad de las empresas de ajustar su plantilla a la disminución de su actividad productiva.

II. Medidas de regulación de empleo. Expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

La principal medida aprobada por el Gobierno ha sido la flexibilización del régimen vigente de los expedientes de regulación temporal de empleo ("**ERTEs**"), introduciendo ciertas especialidades en relación con el procedimiento previsto en el artículo 47 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (el "**ET**") y en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (el "**RD 1483/2012**").

Con carácter previo a la irrupción de la COVID-19 en España, los ERTes constituían un instrumento poco frecuente y de carácter excepcional, previsto para que las empresas recurrieran a ellos cuando atravesaban dificultades temporales económicas, técnicas, organizativas o de producción, o para el supuesto en que aconteciera un supuesto denominado como de fuerza mayor.

En este sentido, la situación por la que ha atravesado el país durante la crisis de la COVID-19, ha puesto de manifiesto que el procedimiento vigente de implementación de los ERTes (tanto por fuerza mayor como por causas objetivas) es demasiado rígido.

Lo cierto es que la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 ha provocado un giro de 180º en los acontecimientos, disparándose en los dos primeros meses de crisis sanitaria el número de ERTes implementados por las empresas –tanto por causas de fuerza mayor (los “**ERTes por Fuerza Mayor**”) como por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (los “**ERTes ETOP**”)- al amparo de lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19 (el “**RDL 8/2020**”).

Debido a la mencionada rigidez del procedimiento de implementación de los ERTes actualmente contemplado en el ordenamiento jurídico español, se ha hecho necesario dotar de cierta flexibilidad a dichos procedimientos, lo que se ha conseguido, en cierto modo, con el RDL 8/2020, cuyos artículos 22 y 23 adaptaron los ERTes a las circunstancias originadas por la COVID-19.

En este sentido, a septiembre de 2020, y según los datos aportados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, la cifra total de trabajadores afectados por ERTes a dicha fecha en toda España ascendía aproximadamente a 880.000 trabajadores.

1. Procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor

1.1. Concepto de fuerza mayor

Es conocido que el concepto de fuerza mayor como causa de suspensión de los contratos de trabajo alude a un suceso externo a la esfera de actividad del empresario, del todo independiente de su voluntad, que no pudo preverse o que, pese a haberse previsto, no pudo evitarse, y que imposibilita definitivamente la prestación de trabajo. Adicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia¹ coinciden en que el impedimento de la prestación de trabajo por acto de autoridad o “*factor principis*” constituye una causa de extinción o suspensión del contrato de trabajo equiparable a la fuerza mayor bajo la denominación de fuerza mayor impropia.

En este sentido, el anteriormente citado artículo 22.1 del RDL 8/2020 –modificado posteriormente por la Disposición Final 8ª del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (el “**RDL 15/2020**”) y por el artículo 1 del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (el “**RDL 18/2020**”)–, señala una serie de supuestos vinculados a la situación de crisis existente actualmente, tasados, determinados y de interpretación estricta, no flexible o extensiva, que constituyen

¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de julio de 2005 (Rec. 5380/2004) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 20 de septiembre de 2017 (Rec. 1103/2017).

una situación de fuerza mayor y que, por tanto, son causa justificativa del ERTE por Fuerza Mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del ET.

Así, entre dichos supuestos se encuentran los que tuvieran su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia de la COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que implicasen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados.

Es decir, el artículo 22 del RDL 8/2020 vincula la existencia de fuerza mayor para suspender contratos o reducir jornada a las restricciones en todos los ámbitos impuestas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (el "**RD 463/2020**").

En definitiva, el artículo 22 del RDL 8/2020 vinculó la existencia de fuerza mayor a los efectos de suspender contratos y reducir jornadas a las restricciones impuestas a raíz de la declaración del estado de alarma.

No obstante, lo cierto es que, en la práctica, se ha dado la situación de que multitud de empresas han visto paralizada su actividad no ya de forma directa debido a la declaración del estado de alarma, sino de forma indirecta, por depender su día a día de otros sectores o empresas que sí se han visto paralizados a consecuencia de las restricciones impuestas durante el estado de alarma.

Debido a lo anterior, se han producido un elevado número de solicitudes de constatación de una situación de fuerza mayor por parte de empresas que, sin haber visto paralizada su actividad directamente a raíz de la declaración del estado de alarma, han visto como la misma desaparecía a consecuencia indirecta de dicha declaración.

1.2. Procedimiento de implementación de los ERTes por Fuerza Mayor

Como ya se ha mencionado, la posibilidad de implementar ERTes por Fuerza Mayor a consecuencia de la COVID-19 se introdujo en el artículo 22 del RDL 8/2020.

Así, en lo que respecta al procedimiento de implementación de los ERTes por Fuerza Mayor, es la propia empresa la que debía presentar la solicitud ante la Autoridad Laboral competente acompañada de un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia de la COVID-19. De este modo, la constatación de la existencia o no de fuerza mayor temporal quedaba en

manos de la Autoridad Laboral, quien debía dictar la resolución administrativa en el plazo de cinco días a contar desde la solicitud.

Por tanto, en caso de que la Autoridad Laboral entendiese que concurría un supuesto de fuerza mayor, dicho órgano debía dictar resolución expresa estimatoria, tras la cual, la empresa en cuestión, estaba facultada para implementar las medidas de regulación de empleo solicitadas (tras la oportuna comunicación a los trabajadores afectados).

Por el contrario, en caso de que la Autoridad Laboral entendiera que no concurría un supuesto de fuerza mayor, la misma debía dictar una resolución administrativa denegatoria de la solicitud empresarial, resolución susceptible de ser impugnada ante la jurisdicción social, lo que permite a las empresas acudir a una segunda vía para poder obtener el amparo de su solicitud. Así, a fecha de hoy, ya son varias las sentencias dictadas por Juzgados de lo Social² que han estimado las demandas presentadas por empresas que vieron denegada su solicitud de constatación de un supuesto de fuerza mayor, habiendo considerado los tribunales que, en realidad, si concurría la situación de fuerza mayor alegada.

Sin embargo, debido al elevadísimo número de ERTes por Fuerza Mayor presentados por las empresas, lo cierto es que un gran número de solicitudes presentadas no han podido ser resueltas de forma expresa por la Autoridad Laboral, lo que ha conllevado que multitud de solicitudes se hayan visto estimadas por silencio administrativo positivo, al transcurrir el plazo máximo de resolución sin que la misma se produjera (5 días hábiles desde la solicitud).

En cualquier caso, con objeto de evitar fraudes en lo que respecta a la presentación de ERTes por Fuerza Mayor, mediante el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados de la COVID-19 (el "**RDL 9/2020**"), el legislador ha previsto la posibilidad de que los ERTes por Fuerza Mayor presentados (y autorizados tácitamente por silencio administrativo positivo) puedan ser investigados con objeto de verificar que las medidas solicitadas por las empresas eran acordes a la situación real por la que las mismas atravesaban.

En este sentido, es importante destacar que el propio Gobierno ha anunciado en reiteradas ocasiones que la totalidad de los ERTes por Fuerza Mayor presentados serán investigados y analizados por la Inspección de Trabajo (en colaboración con la Agencia Estatal de Administración Tributaria y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), siendo cierto que, a fecha de hoy, son numerosas las inspecciones de trabajo iniciadas al respecto que buscan detectar irregularidades. Así, es importante destacar las negativas consecuencias que podrían derivarse para una empresa en caso de que, con posterioridad a la implementación de un ERTE por Fuerza Mayor, se dictaminase que dicho expediente no era ajustado a derecho por no concurrir las circunstancias necesarias para su implementación.

2 Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Salamanca de 5 de mayo de 2020 (núm. 110/2020), Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos de 8 de mayo de 2020 (núm. 103/2020) y Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid de 13 de mayo de 2020 (núm. 97/2020).

Concretamente, las empresas (i) podrían ser sancionadas por la comisión de infracciones muy graves de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social; (ii) se verían obligadas a devolver las prestaciones generadas indebidamente en favor de los trabajadores afectados y (iii) se verían obligadas a reintegrar las exoneraciones a las cotizaciones de las que se hubieran beneficiado.

Lo anterior adquiere más importancia aún si cabe teniendo en cuenta que el plazo para la investigación de los mencionados expedientes es de 4 años, por lo que es previsible que, durante los próximos ejercicios, exista una cierta litigiosidad al respecto.

1.3. Duración de los ERTes por Fuerza Mayor

La duración de los ERTes por Fuerza Mayor derivados de la COVID-19 ha sido una cuestión que ha ido variando a lo largo de los meses, en paralelo a la adopción de medidas por parte del Gobierno en relación con la desescalada y el fin del confinamiento al que se han visto sometidos los españoles.

Así, en un primer momento (y hasta el 13 de mayo de 2020), la duración de los ERTes por Fuerza Mayor se vinculaba expresamente a la vigencia del estado de alarma, de manera que la finalización de esa situación excepcional conllevaría la pérdida de vigencia de todos los ERTes por Fuerza Mayor implementados.

No obstante, diversas circunstancias motivaron que la vigencia de los ERTes por Fuerza Mayor se desvinculara de la pervivencia del estado de alarma, debido, sobre todo, a que resultaba evidente que la reanudación de la actividad empresarial española no se iba a producir de manera inmediata tras el decaimiento del estado de alarma.

Debido a lo anterior, ya con el RDL 18/2020, se desvinculó la duración de los ERTes por Fuerza Mayor de la subsistencia del estado de alarma, siendo prolongada la duración de los mismos hasta, como máximo, el 30 de junio de 2020.

Además, mediante dicho texto legal, se introdujo una mayor flexibilidad en lo que respecta a los ERTes por Fuerza Mayor, al crearse la figura del ERTE por Fuerza Mayor parcial, situación en la que se encontrarían las empresas que pudieran recuperar parcialmente su actividad, a consecuencia del progresivo desconfinamiento. En estos supuestos, se dejaba a la potestad del empresario la reincorporación de los trabajadores en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando, en cualquier caso, los ajustes en términos de reducción de jornada. En definitiva, lo que se buscaba con esta medida era la progresiva reincorporación de los trabajadores a sus puestos de trabajo, con un elemento socializador.

No obstante, pocos días antes de que se produjera el decaimiento de la totalidad de los ERTes por Fuerza Mayor (prevista para el 30 de junio de 2020), el Gobierno, la patronal y los sindicatos llegaron a un acuerdo para volver a prorrogar la

duración de los ERTes por Fuerza Mayor. Así, mediante el Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial (el "**RDL 24/2020**"), se decretó la tercera prórroga de los ERTes por Fuerza Mayor hasta el 30 de septiembre de 2020.

Por último, un día antes de la finalización de la tercera prórroga de los ERTes por Fuerza Mayor, y ante la notoria persistencia de los efectos negativos de la crisis sanitaria sobre las empresas y el empleo, el Gobierno y los agentes sociales (asociaciones empresariales y sindicales) llegaron a un acuerdo para prorrogar nuevamente los ERTes por Fuerza Mayor. Así, el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa de empleo (el "**RDL 30/2020**"), ha decretado recientemente la cuarta prórroga de los ERTes por Fuerza Mayor hasta el 31 de enero de 2021.

Por tanto, actualmente perviven los ERTes por Fuerza Mayor que fueron implementados a consecuencia de la declaración del estado de alarma, lo que ha conllevado que con el paso del tiempo se haya producido una flexibilización de las causas que justifican dichos ERTes por Fuerza Mayor (si bien en un primer momento la justificación de estos expedientes residía exclusivamente en la vigencia del estado de alarma), en aras a permitir su mantenimiento durante el tiempo necesario para la reactivación de la economía española.

Asimismo, el RDL 30/2020 ha incorporado dos nuevas modalidades de ERTE por Fuerza Mayor: (i) ERTE por Fuerza Mayor por impedimento de actividad y (ii) ERTE por Fuerza Mayor por limitaciones de actividad, para aquellas empresas que, perteneciendo a cualquier sector de actividad, se vean en la necesidad de limitar o suspender su actividad empresarial como consecuencia de las nuevas restricciones o medidas de contención sanitaria adoptadas por las autoridades españolas a partir del 1 de octubre de 2020. En el particular caso de los ERTes por Fuerza Mayor por impedimento de actividad, la medida que ocasione dicho impedimento podrá proceder también de una autoridad extranjera.

En ambos casos, será necesario recabar de la Autoridad Laboral, en los términos señalados anteriormente, resolución que confirme la situación de impedimento o limitación de la actividad alegada por la empresa, con objeto de poder implementar el ERTE por Fuerza Mayor en cuestión, resolución que deberá ser emitida en el plazo de 5 días (siendo el silencio, en caso de que no se produzca esa resolución, positivo).

1.4. Exoneración de las cuotas a la Seguridad Social por parte de las empresas

Conviene mencionar que, de acuerdo con la Ley General de la Seguridad Social, en los supuestos de reducción de jornada o suspensión del contrato, las empresas siguen obligadas a abonar las cotizaciones correspondientes por aquellos trabajadores con contrato suspendido o jornada reducida. Es decir, en circunstancias normales, si una empresa implementa un ERTE, si bien se ahorra la remuneración

de los trabajadores afectados, tiene que seguir abonando las cotizaciones a la Seguridad Social de la misma manera que si los trabajadores estuvieran prestando servicios.

Pues bien, es importante recalcar que una de las principales ventajas y beneficios de los ERTes por Fuerza Mayor derivados de la COVID-19 ha sido la posibilidad de que las empresas incursas en un expediente de este tipo se beneficiaran de diferentes exoneraciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, exoneraciones que han ido variando a la vez que se iba modificando la duración y vigencia de los ERTes por Fuerza Mayor.

No hay duda de que esta medida ha tenido una gran acogida por las empresas, ya que la misma ha supuesto un ahorro considerable para aquellas, al no tener que hacer frente al pago de parte de las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a los trabajadores afectados por los expedientes.

En este sentido, y como se ha mencionado, el régimen de las exoneraciones a aplicar por las empresas incursas en ERTes por Fuerza Mayor ha ido variando desde el inicio.

Así, originariamente se preveía la exoneración de las cuotas a la Seguridad Social para aquellas empresas que se hubieran acogido a un ERTE por Fuerza Mayor derivado de la COVID-19, diferenciando entre el 100% de exoneración para aquellas empresas que, a 29 de febrero, tuvieran menos de 50 trabajadores y entre el 75% de exoneración para aquellas que tuvieran 50 o más trabajadores. Así, estas exoneraciones se aplicaban sobre las cotizaciones correspondientes al tiempo de trabajo suspendido (ya fuera total o parcialmente).

Posteriormente, el mencionado régimen sufrió una variación con el RDL 18/2020 (norma mediante la que, como se ha mencionado anteriormente, se amplió la duración de los ERTes por Fuerza Mayor hasta el 30 de junio de 2020). De este modo, si bien se mantuvo el régimen de exoneraciones anterior para aquellas empresas que continuaran en situación de ERTE por Fuerza Mayor total, se modificó el régimen de exoneraciones para los meses de mayo y junio de 2020 para las empresas que habían reiniciado su actividad y, por tanto, pasaron a estar en situación de ERTE por Fuerza Mayor parcial.

Así, se incluyó un régimen con diferentes porcentajes de exoneraciones a aplicar por las empresas, diferenciándose entre las exoneraciones sobre las cotizaciones correspondientes al tiempo trabajado por aquellos trabajadores total o parcialmente desafectados, y, por otro lado, a las cotizaciones correspondientes al tiempo de trabajo suspendido. Asimismo, se mantuvo la distinción de porcentajes para las empresas en función de su tamaño, implementándose también diferentes porcentajes para los meses de mayo y junio.

Teniendo en cuenta los porcentajes de exoneraciones que se establecieron para cada supuesto en concreto, es evidente que la intención del legislador ha sido en

todo momento la de favorecer la reincorporación de los trabajadores a sus puestos de trabajo, pues las mayores exoneraciones se obtenían por las cotizaciones de la Seguridad Social correspondientes al tiempo trabajado.

El mencionado régimen volvió a ser modificado por el RDL 24/2020 (norma mediante la que se prorrogaron los ERTes por Fuerza Mayor hasta el 30 de septiembre de 2020) para los meses de julio, agosto y septiembre. Sin embargo, dicha modificación ha afectado únicamente a los diferentes porcentajes de exoneración a aplicar, pues se mantiene el esquema de diferentes exoneraciones tendentes a potenciar la reincorporación de los trabajadores a sus puestos de trabajo.

No obstante, conviene apuntar, como se mencionará posteriormente, que la principal novedad introducida por el RDL 24/2020 fue que el régimen de exoneraciones a las cotizaciones a la Seguridad Social se amplió a las empresas que tuvieran implementados ERTes ETOP.

Por último, el RDL 30/2020 (norma mediante la que se han prorrogado los ERTes por Fuerza Mayor hasta el 31 de enero de 2021) ha modificado nuevamente el régimen de exoneraciones, estableciendo distintos porcentajes en función de la modalidad de ERTE y del tamaño de la empresa.

Por un lado, para los ERTes por Fuerza Mayor por impedimento de actividad, la norma fija una exoneración del 100% para las empresas que, a 29 de febrero de 2020, tuvieran menos de 50 trabajadores (o asimilados) de alta en la Seguridad Social y una exoneración del 90% para las empresas que, en esa misma fecha, tuvieran 50 o más trabajadores.

Por otro lado, para los ERTes por Fuerza Mayor por limitaciones de actividad, a la hora de fijar los porcentajes de exoneración, la norma distingue de nuevo entre el tamaño de la empresa y el mes de que se trate. Así, para las empresas con menos de 50 trabajadores a 29 de febrero de 2020, la exoneración será del 100%, 90%, 85% y 80% para los meses de octubre, noviembre, diciembre de 2020 y enero de 2021 respectivamente, mientras que para las empresas con 50 o más trabajadores a la mencionada fecha, la exoneración será del 90%, 80%, 75% y 70% para los mismos meses.

Finalmente, y en relación a los ERTes por Fuerza Mayor y ERTes ETOP vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de dicho texto legal, se han fijado nuevos porcentajes de exoneración para el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2020 y 31 de enero de 2021.

Así, diferencia la norma nuevamente entre el 85% de exoneración para aquellas empresas que, a fecha 29 de febrero, tuvieran menos de 50 trabajadores y el 75% de exoneración para aquellas que tuvieran 50 o más trabajadores.

No obstante, para que las empresas con ERTes por Fuerza Mayor prorrogados automáticamente por el RDL 30/2020 hasta el 31 de enero de 2021 y ERTes ETOP

vigentes puedan beneficiarse de las referidas exoneraciones, es necesario que las mismas pertenezcan a sectores con una elevada tasa de cobertura por expedientes de regulación temporal de empleo y una reducida tasa de recuperación de actividad, categoría que comprende (i) empresas cuya actividad se encuadre en los sectores de actividad incluidos en el Anexo del RDL 30/2020 (en función de su CNAE) y (ii) empresas que dependan indirectamente de las anteriores, por formar parte de su cadena de valor.

1.5. Compromiso de salvaguarda de empleo

Es evidente que la crisis sanitaria por la que ha atravesado (y sigue atravesando) el país va a tener un impacto considerable en la actividad empresarial a largo plazo.

Si bien en un primer momento el impacto tuvo carácter coyuntural, por ceñirse al periodo durante el cual existió un confinamiento absoluto con la consecuente paralización de la actividad empresarial, lo cierto es que dicha paralización total durante casi 3 meses tendrá, de manera irremediable, consecuencias negativas a futuro para las empresas, las cuales, con casi total seguridad, se verán abocadas a adoptar medidas de empleo consistentes, entre otras, en la implementación de extinciones de contratos.

Pues bien, sin lugar a dudas, una de las medidas más controvertidas entre las introducidas por la abundante legislación publicada durante la crisis sanitaria ha sido la obligación para las empresas que se beneficien de exoneraciones en las cotizaciones a la Seguridad Social a raíz de los ERTes implementados de comprometerse a mantener el empleo durante un plazo de seis meses.

En este sentido, no se trata de una medida controvertida por el fondo, ya que es común imponer una obligación de este tipo a las empresas que se benefician, como sucede en este caso, de exoneraciones en las cotizaciones a efectuar a la Seguridad Social. No obstante, lo que ha generado una gran incertidumbre a las empresas es la aplicación práctica de dicho compromiso de salvaguarda de empleo, debido a la poca claridad del precepto regulador y a las modificaciones del mismo que se han ido produciendo con cada nuevo texto normativo.

Así, en un primer momento, el RDL 8/2020 estableció la obligación para las empresas que hubieran implementado ERTes por Fuerza Mayor de “mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”. Es evidente que el precepto era bastante parco, lo que generó abundantes dudas acerca de la aplicación práctica del compromiso, ya que no se concretaban cuestiones claves como qué se entendía por reanudación de actividad o si existían extinciones de contrato que no se entendían computables a efectos de dicho compromiso.

Como consecuencia de ello, el RDL 18/2020 modificó la redacción inicial del RDL 8/2020 con el objetivo de aclarar el ámbito objetivo y subjetivo de la obligación

empresarial. De este modo, mediante dicho texto legal, en primer lugar, se aclaró que se entiende por reanudación de actividad, precisándose que se entenderá por tal "la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla".

No obstante, pese a dicha precisión, siguen existiendo un sinfín de dudas acerca de cuándo ha de entenderse que comienza a computar el referido plazo de seis meses.

Concretamente, sigue sin ser claro cuándo se entiende que una empresa ha reanudado la actividad (es decir, si basta con reincorporar al trabajo a un solo trabajador o si es necesario incorporar a un número determinado de trabajadores que puedan garantizar la continuidad de la actividad empresarial). Debido a ello, es recomendable adoptar un criterio garantista (en aras a no incumplir dicho compromiso), de manera que se entienda que se inicia el cómputo de seis meses una vez que se pueda justificar que la actividad de la empresa en cuestión se ha reactivado (aunque no se hayan reincorporado a la totalidad de los trabajadores afectados).

Por otro lado, también surgen dudas acerca de si el plazo de seis meses computa de manera colectiva o si, por el contrario, el mismo computa trabajador a trabajador. En este sentido, si se interpreta que el plazo computa de manera colectiva, resultaría que dicho plazo de seis meses se inicia, para todos los trabajadores afectados, desde el momento en que se reanude la actividad de la empresa. No obstante, si se interpreta que el plazo se computa trabajador a trabajador, debería mantenerse el empleo respecto de cada trabajador durante seis meses desde que el trabajador en cuestión es desafectado del expediente.

A nuestro juicio, la falta de precisión de la norma en cuanto a la interpretación del inicio del plazo de seis meses debería llevar al cómputo colectivo del inicio de dicho plazo. Así, consideramos que, si hubiese sido el propósito del legislador que el plazo de seis meses se iniciase de forma individual para cada trabajador, así se hubiese establecido de forma expresa. De este modo, entendemos defendible que el plazo de seis meses sea aplicable a todos los trabajadores en su conjunto, independientemente del momento de su reincorporación, desde el momento que efectivamente se produjo la reanudación de la actividad de la empresa. Ello, obviamente, salvo supuestos de fraude, en los que se pueda apreciar que la empresa ha desafectado a un trabajador con el único fin de adelantar el inicio del plazo de la obligación de salvaguarda de empleo (por ejemplo, desafectaciones sin causa o en un número muy reducido).

Adicionalmente, mediante el RDL 18/2020 también se introdujeron determinadas aclaraciones en lo que respecta a diversas cuestiones que generaban incertidumbre, tales como:

- El compromiso de mantenimiento de empleo resulta de aplicación únicamente para los trabajadores afectados por el ERTE en cuestión.

- No se considera incumplido el compromiso de mantenimiento de empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando éste no suponga un despido sino una interrupción del mismo.

En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

- La consecuencia del incumplimiento del compromiso de mantenimiento de empleo será la obligación para las empresas incumplidoras de reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo del 20% y los intereses de demora correspondientes.

Asimismo, el mencionado RDL 18/2020 introdujo una precisión (de nuevo susceptible de diversas interpretaciones), según la cual el compromiso de mantenimiento del empleo se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo.

Adicionalmente, si bien este compromiso, en un principio, estaba previsto únicamente para las empresas que implementaran ERTes por Fuerza Mayor, a raíz del RD 24/2020, el referido compromiso se extendió a las empresas que hubieran implementado ERTes ETOP, pero solo para el caso en que las mismas se beneficiaran de las exoneraciones anteriormente analizadas.

Por último, el RDL 30/2020 ha incorporado una novedad en esta materia al contemplar un nuevo periodo de seis meses de salvaguarda de empleo en los términos del RDL 8/2020 para las empresas que decidan acogerse a las exoneraciones de las cuotas a la Seguridad Social previstas en dicha norma. Asimismo, aclara el texto legal que, si la empresa en cuestión estuviera afectada por un compromiso de mantenimiento de empleo anterior, el periodo de seis meses contemplado en ella comenzará a contar cuando aquel hubiera terminado.

Por tanto, para las empresas que decidan acogerse a las exoneraciones previstas en el RDL 30/2020, si al momento de aplicarse las nuevas exoneraciones se encontraran condicionadas por un compromiso de salvaguarda de empleo, dicho compromiso de salvaguarda de empleo que tendrán que respetar será de un año desde que se reinició la actividad de la misma.

En conclusión, no cabe duda de que el compromiso de mantenimiento de empleo analizado será una de las cuestiones que más controversias generarán a futuro, debido a sus implicaciones prácticas para las empresas, así como a las diferentes interpretaciones que caben del mismo.

2. Procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción

2.1. Particularidades reguladas por el RDL 8/2020

Como se mencionaba anteriormente, los ERTes por Fuerza Mayor no han sido la única alternativa disponible para las empresas para paliar los efectos de la COVID-19.

Así, en aquellos casos en los que no concurrían las causas de fuerza mayor contempladas en el artículo 22 del RDL 8/2020, pero en los que la flagrante reducción de la actividad empresarial generada por la crisis sanitaria impedía a las empresas mantener el nivel de empleo, ha resultado posible que las mismas implementen ERTes ETOP (por causas económicas, técnicas, organizativas y/o de producción).

Al igual que en el caso de los ERTes por Fuerza Mayor, la posibilidad de implementar ERTes ETOP ya estaba prevista en la legislación laboral (artículo 47 del ET y RD 1483/2012). No obstante, con la actual crisis, se ha puesto de manifiesto que el régimen y el procedimiento de implementación de estos expedientes no es lo suficientemente flexible como para hacer frente a situaciones como las que se han presentado.

Debido a lo anterior, el artículo 23 del RDL 8/2020 introdujo modificaciones relativas al procedimiento de implementación de los ERTes ETOP que tengan origen en la situación actual derivada de la COVID-19, con objeto de dotar a esos procedimientos de mayor celeridad y flexibilidad.

En un primer momento, la vigencia de las referidas particularidades se limitaba a la duración del estado de alarma. No obstante, y en paralelo a la desvinculación de los ERTes por Fuerza Mayor de la vigencia del estado de alarma, también se ha producido la misma desvinculación para los ERTes ETOP, manteniéndose vigentes en virtud del RDL 30/2020 hasta el 31 de enero de 2021.

Pues bien, mediante el referido artículo 23 del RDL 8/2020, se han acortado considerablemente los plazos de constitución de la comisión representativa de los trabajadores y de duración del periodo de consultas.

Concretamente, a raíz de la modificación introducida, la comisión representativa debe constituirse en un plazo de cinco días frente a los siete o quince días

previstos en el ET (dependiendo de si existe o no en la empresa representación de los trabajadores). Asimismo, y en relación con el periodo de consultas, el mismo pasa a tener una duración máxima de siete días naturales frente a los quince previstos en el RD 1483/2012.

Otra de las particularidades introducidas por el RDL 8/2020 en relación con los ERTes ETOP ha sido la forma en que ha de constituirse la comisión representativa de los trabajadores en aquellos casos en los que la empresa en cuestión no cuente con representantes de los trabajadores.

Así, el legislador ha querido dar prioridad en estos casos, de cara a la conformación de la comisión representativa de los trabajadores, a los sindicatos más representativos y representativos del sector en el que opere la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación, estableciéndose que la comisión se conformaría por una persona de cada uno de los sindicatos. Asimismo, en caso de no conformarse dicha comisión sindical, la comisión representativa se conformaría por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos de conformidad a lo recogido en el artículo 41.4 del ET.

La prioridad sindical anterior ha sido interpretada como una forma de salvaguardar los intereses de los trabajadores de la mayoría de sociedades que conforman el tejido empresarial español, las cuales no cuentan con representación legal de los trabajadores. No obstante, en la práctica, y ante la masiva implementación de ERTes ETOP por las empresas, en multitud de ocasiones los sindicatos no han podido formar parte de las comisiones representativas de los trabajadores.

Debido a ello, la anterior prioridad sindical también ha generado controversias desde el primer momento, debido a la falta de claridad del precepto respecto a la forma en que debería ser conformada dicha comisión o a qué sucedía en caso de que, por ejemplo, uno de los sindicatos con legitimación para negociar no contestase o declinase participar en la comisión. Como en otras cuestiones, la Dirección General de Trabajo, mediante Oficio de 6 de mayo de 2020, dio luz a algunas de las dudas surgidas al respecto, estableciendo que la negativa de uno de los sindicatos a participar en la comisión representativa no impide que la misma se conforme por los restantes sindicatos legitimados.

No obstante, a nuestro entender, dicha interpretación del precepto ha llegado tarde, al haberse publicado el Oficio en cuestión casi dos meses después de la publicación del precepto, con los evidentes problemas interpretativos que se han producido en ese lapso temporal.

2.2. Prórroga de las particularidades incluidas por el RDL 8/2020

Como se ha mencionado anteriormente, en un primer momento se limitó la aplicación de las particularidades introducidas por el RDL 8/2020 en lo que respecta a los ERTes ETOP a la vigencia del estado de alarma.

No obstante, en paralelo a la extensión de la vigencia de los ERTes por Fuerza Mayor (en un primer momento hasta el 30 de junio de 2020, posteriormente hasta el 30 de septiembre de 2020 y, actualmente, hasta el 31 de enero de 2021), mediante el RDL 18/2020, el RDL 24/2020 y el RD 30/2020 se ha prorrogado la aplicación del procedimiento reducido para los ERTes ETOP derivados de la COVID-19 hasta el 31 de enero de 2021.

Asimismo, con los anteriores reales decretos-leyes se ha matizado (i) que los ERTes ETOP podrán iniciarse mientras esté en vigor un ERTE por Fuerza Mayor y (ii) que, si los referidos ERTes ETOP se inician tras la finalización del ERTE por Fuerza Mayor, el ERTE ETOP retrotraerá sus efectos a la fecha de finalización del ERTE por Fuerza Mayor.

Es decir, pueden darse tres situaciones diferenciadas: (i) empresas que encadenen un ERTE por Fuerza Mayor con un ERTE ETOP, que iniciará su vigencia tras la finalización del primero; (ii) empresas que, teniendo vigente un ERTE por Fuerza Mayor, negocien un ERTE ETOP para cuando pierda vigencia el primero (o incluso siendo posible que coexistan ambos ERTes); y (iii) empresas que implementen un ERTE ETOP sin haberse acogido previamente a un ERTE por Fuerza Mayor durante la crisis de la COVID-19.

Por último, mediante el RDL 30/2020 se ha previsto la posibilidad de que los ERTes ETOP vigentes puedan ser prorrogados, siempre y cuando exista para ello acuerdo en el periodo de consultas, teniendo que ser tramitada dicha prórroga ante la autoridad laboral receptora de la comunicación final del expediente inicial.

2.3. Exoneración de las cuotas a la Seguridad Social y compromiso de salvaguarda de empleo

Tal y como se ha mencionado anteriormente, si bien en un primer momento las empresas que implementaban un ERTE ETOP no podían beneficiarse de exoneraciones en relación con las cotizaciones a abonar a la Seguridad Social, a raíz de la publicación del RDL 24/2020 se amplió a estas empresas la posibilidad de que se beneficien de las referidas exoneraciones.

Así, el régimen de exoneraciones para los meses de julio, agosto y septiembre de 2020 fue idéntico al que podrán acogerse las empresas que tenían en vigor un ERTE por Fuerza Mayor, tratándose de un régimen con diferentes porcentajes de exoneraciones a aplicar por las empresas, diferenciándose entre las exoneraciones sobre las cotizaciones correspondientes al tiempo trabajado por aquellos trabajadores total o parcialmente desafectados y, por otro lado, a las cotizaciones correspondientes al tiempo de trabajo suspendido.

En paralelo a la previsión normativa para las empresas con ERTes por Fuerza Mayor, el RDL 30/2020 permite también a las empresas incursas en ERTes ETOP acceder a las exoneraciones contempladas en él, siempre que se traten

de empresas pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura por expedientes de regulación temporal de empleo y una reducida tasa de recuperación de actividad y, en particular, cuya actividad se encuentre comprendida en el Anexo del RDL 30/2020 o se trate de empresas que dependan indirectamente de las anteriores, por formar parte de su cadena de valor. Asimismo, los porcentajes de exoneración serán idénticos a los previstos por la norma para los ERTes por Fuerza Mayor, y que han sido mencionados anteriormente.

Tal y como ocurre en el caso de los ERTes por Fuerza Mayor, el disfrute de las referidas exoneraciones va aparejado al cumplimiento por parte de las empresas del compromiso de salvaguarda de empleo, en los términos referenciados anteriormente para los ERTes por Fuerza Mayor. Así, las empresas con un ERTE ETOP vigente que se beneficien de las nuevas exoneraciones previstas en el RDL 30/2020, estarán sujetas a un compromiso de salvaguarda de empleo, que será de seis meses de duración si no se hubieran beneficiado de exoneraciones previamente, o de un año en total si ya se hubieran beneficiado de exoneraciones en virtud de regulaciones anteriores.

III. Medidas dirigidas a proteger a los trabajadores

No cabe duda de que el impacto que la crisis sanitaria derivada de la COVID-19 ha tenido en las empresas ha afectado de lleno a los trabajadores de éstas, quienes, en última instancia, son los que han sufrido la paralización de la actividad empresarial (ya sea viéndose incluidos en los diferentes ERTes implementados por las empresas o viendo extinguidos sus contratos de trabajo).

Debido a ello, desde el primer momento se han articulado medidas tendentes a proteger a los trabajadores ante la situación de crisis generada, relativas, entre otras, a limitaciones de despedir, la interrupción de la duración de los contratos temporales y el percibo de las prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores.

1. Limitaciones de despedir

En primer lugar, una de las medidas adoptadas para proteger a los trabajadores fue la introducida mediante el artículo 2 del RDL 9/2020 (con vigencia desde el 28 de marzo de 2020). Así, dicho precepto estableció que “La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”.

Si bien en un primer momento no se estableció límite temporal de la anterior limitación a la posibilidad de llevar a cabo despidos, mediante el RDL 24/2020 se

concretó que la misma se extendería hasta el 30 de septiembre de 2020 y actualmente, mediante el RDL 30/2020, hasta el 31 de enero de 2021.

De este modo, con el anterior precepto se prohíbe a las empresas llevar a cabo extinciones de contratos de trabajo basados en la situación de la empresa a consecuencia de la crisis generada por la COVID-19. De nuevo, el anterior precepto ha generado diversas dudas en cuanto a su aplicación práctica y a las consecuencias del incumplimiento de dicha prohibición, ya que nada se dice al respecto en la normativa.

En cualquier caso, parece claro que la limitación a efectuar despidos se extiende únicamente a aquellas extinciones que se basan única y exclusivamente en causas que tienen su origen en la crisis sanitaria actual.

En relación con las consecuencias que se derivarían de un incumplimiento de la anterior prohibición, al no haberse regulado expresamente dicha circunstancia, la decisión ha quedado en manos de nuestros tribunales, quienes el pasado mes de julio se pronunciaron por primera vez al respecto, aunque en sentidos opuestos.

En la primera sentencia, de fecha 6 de julio de 2020, el Juzgado de lo Social nº 3 de Sabadell declaró la nulidad del despido de un trabajador por entender que la extinción del contrato constituía un acto contrario a una norma imperativa aprobada por el legislador mediante el RDL 8/2020 con la finalidad de evitar la destrucción de empleo.

Por otro lado, las dos sentencias posteriores que han sido conocidas, ambas del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, y de fecha 10 y 31 de julio de 2020, fallaron a favor de la improcedencia del despido al ampararse el Juzgado en el criterio jurisprudencial consolidado de que un despido no justificado (siendo precisamente esta la calificación que el RDL 9/2002 atribuye a los despidos motivados por la crisis sanitaria) es improcedente y no nulo. No obstante, en uno de los casos, el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, amparándose en la facultad que le otorga el artículo 10 del Convenio nº 158 de la OIT, y de una manera discutible a nuestro entender, reconoció al trabajador en cuestión el derecho a percibir una indemnización superior a la legalmente prevista por considerar que la misma no producía un mínimo efecto disuasorio para la empresa.

En conclusión, en vista de que nuestros tribunales han arrojado soluciones opuestas ante un mismo problema, cabe esperar que sean los diferentes Tribunales Superiores de Justicia y, en última instancia, el Tribunal Supremo quienes sienten un criterio firme acerca de la calificación que merece un despido motivado por la actual crisis sanitaria.

2. La interrupción del cómputo de la duración de los contratos temporales

El Gobierno también ha puesto el foco en fijar mecanismos que ayuden a paliar los efectos de la crisis sanitaria en la contratación temporal. Así, a través del artículo 6 del RDL 30/2020 se establece, hasta el 31 de enero de 2021, la interrupción del cómputo de la duración de los contratos temporales de los trabajadores incluidos en un ERTE suspensivo, en los términos previstos en el artículo 5 del RDL 9/2020.

El objetivo de la norma es garantizar que los contratos temporales puedan alcanzar la duración acordada, desplegando plenos efectos, en cuanto a prestación de servicios, la formación que llevan aparejada y la aportación a la actividad empresarial, durante el tiempo inicialmente previsto, de forma tal que la situación de emergencia generada por la crisis sanitaria de la COVID-19 no prive a la empresa de su capacidad real para organizar sus recursos.

En particular, la norma prevé la suspensión de los contratos temporales afectados por los ERTEs por Fuerza Mayor o por los ERTEs ETOP en general, aunque especifica que se incluyen los contratos formativos, de relevo y de interinidad. Por su parte, la Dirección General de Trabajo, en fecha 7 de abril de 2020³, emitió un criterio aclaratorio (no vinculante) de determinadas cuestiones relativas a la aplicación del artículo 5 del RDL 9/2020.

En primer lugar, respecto al ámbito de aplicación de dicho artículo, el mencionado Criterio aclara que el mismo aplica a los contratos temporales que sean suspendidos como consecuencia de un ERTE por Fuerza Mayor o un ERTE ETOP por causas vinculadas a la COVID-19, quedando descartados de la interrupción del cómputo de la duración los contratos temporales que sean objeto de reducción de jornada o aquellos que no hayan sido incluidos en el ERTE en cuestión.

En segundo lugar, respecto a cómo opera la interrupción del cómputo, la Dirección General de Trabajo determinó que la interrupción del cómputo tiene que ver con la duración del contrato de manera que la misma se interrumpe durante el periodo de suspensión y se restablece una vez que dicha suspensión acaba, permitiendo conciliar así la preservación del empleo con la reanudación de la actividad de la empresa.

No obstante, la Dirección General de Trabajo determinó que lo anterior no es óbice para que un contrato temporal pueda ser extinguido de manera objetiva y válida de acuerdo con los requisitos y el régimen jurídico previsto en el artículo 49.1.c) del ET, si durante el periodo de suspensión concurriese la causa que “haga decaer el objeto del contrato”; como, por ejemplo, en el caso de un contrato de interinidad por sustitución, la finalización de la causa que dio origen al contrato.

³ Criterio de la Dirección General de Trabajo de 7 de abril de 2020

3. Medidas extraordinarias en relación con las prestaciones por desempleo

En lo que respecta a las prestaciones por desempleo a las que tienen derecho los trabajadores afectados por los ERTes, el RDL 8/2020 estableció diferentes medidas extraordinarias tendentes a que la afectación de los trabajadores por un ERTE derivado de la COVID-19 (independientemente de si el mismo es ERTE por Fuerza Mayor o ERTE ETOP) no menoscabase su derecho a percibir las correspondientes prestaciones por desempleo.

En particular, el artículo 25 del RDL 8/2020 reguló (i) la no exigencia de un periodo de carencia mínimo a los trabajadores afectados por los ERTes para tener acceso a la prestación por desempleo (que, en condiciones normales, es de 360 días cotizados durante los seis años anteriores a la extinción del contrato) y (ii) que los periodos consumidos de desempleo mientras que los trabajadores estén afectados por el ERTE en cuestión no computen a efectos de consumir los periodos máximos de percepción establecidos legalmente –esto es lo que se conoce como “contador a cero”–.

Si bien en un primer momento, mediante el RDL 18/2020, se estableció que las anteriores medidas extraordinarias dejarían de aplicar a partir del 1 de julio de 2020 (lo que conllevaría que, a partir de esa fecha, multitud de trabajadores vieran afectadas sus prestaciones por desempleo), mediante el RDL 24/2020 se extendió la vigencia de las mismas hasta el 30 de septiembre de 2020.

Por último, con el reciente RDL 30/2020, los trabajadores afectados por un ERTE (ya sea de Fuerza Mayor o ETOP) derivado de la COVID-19, conservan el derecho a recibir la prestación por desempleo, aunque no cumplan con el periodo de ocupación cotizada mínimo que, en condiciones normales, se exige para acceder a dicha prestación.

Sin embargo, desaparece el denominado “contador a cero”, de manera que, a partir del 1 de octubre de 2020, los periodos de desempleo consumidos por trabajadores afectados por cualquiera de las modalidades de ERTE derivados de la COVID-19 computarán a efectos del periodo máximo de percepción del mismo, salvo para aquellos trabajadores que vean finalizado su contrato de trabajo antes del 1 de enero de 2022 como consecuencia de un despido individual o colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, de un despido improcedente o por finalizar su contrato de duración determinada.

Es evidente que con las anteriores medidas extraordinarias se pretende que la situación excepcional por la que atravesamos no tenga un impacto directo en los trabajadores, de manera que los mismos no vean mermadas las prestaciones por desempleo a las que tienen derecho.

IV. La nueva realidad de la prestación de servicios

1. El carácter preferente del teletrabajo

Si algo ha quedado patente es que el teletrabajo, implementado de un día para otro por las empresas a raíz de la crisis sanitaria, se ha convertido en una realidad que, al parecer, ha venido para quedarse. Así, esta modalidad de prestación de servicios ha dejado de ser un modelo reservado a una minoría de la población activa española para convertirse en una vía eficaz que ha permitido a las empresas mantener su actividad sin poner en riesgo la salud de su plantilla en los centros de trabajo.

Sin embargo, la ausencia al comienzo de la crisis sanitaria de una regulación específica que respaldara esta modalidad laboral más allá de lo dispuesto en el artículo 13 del ET y en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, por un lado, provocó que tanto las empresas como los trabajadores tuvieran que adaptarse a esta situación de forma improvisada y, por otro lado, suscitó la necesidad de tramitar de manera urgente una normativa sobre el teletrabajo.

El artículo 5 del RDL 8/2020 otorgó a esta modalidad de trabajo un carácter preferente sobre la cesación temporal o reducción de actividad, es decir, sobre los ERTes suspensivos o de reducción de jornada, con el objetivo de mantener la actividad empresarial y las relaciones laborales. La implementación prioritaria del teletrabajo, a tenor de las diversas modificaciones legislativas, se mantuvo durante los tres meses posteriores a la finalización del estado de alarma, quedando agotado dicho carácter preferente el pasado 21 de septiembre de 2020.

En cualquier caso, la norma hablaba de preferencia, que no obligatoriedad, en lo que respecta a la implementación de esta modalidad de trabajo por parte de las empresas. Es decir, las empresas únicamente estaban conminadas a establecer mecanismos alternativos de organización del trabajo –ya sea el teletrabajo o cualquier otro– que posibilitaran la continuidad de su actividad productiva en condiciones garantes de la seguridad y salud de sus trabajadores.

De este modo, y en base a una interpretación plausible de la norma, ninguna objeción existía a que se implantaran mecanismos alternativos distintos al teletrabajo, a través de protocolos empresariales que regularan la actividad presencial en las oficinas, siempre y cuando se adoptaran exhaustivas medidas en materia de prevención de riesgos laborales (por ejemplo, uso de equipos de protección individual, horarios escalonados, distancia social, etc.).

Al margen de lo anterior, lo que no genera duda alguna es que, a raíz de la actual crisis sanitaria, por un lado, el teletrabajo ha adquirido relevancia como un mecanismo eficaz para las empresas para mantener la actividad, como medida de prevención frente al contagio y que, por otro lado, se ha reforzado la normalización del trabajo a distancia.

Tanto es así que muchas empresas han decidido continuar con él hasta finales de 2020 y así proteger a su plantilla de la COVID-19 e incluso instaurarlo de forma definitiva como un mecanismo alternativo al trabajo presencial.

Por último, en el contexto actual donde el teletrabajo se ha convertido en una modalidad de trabajo normalizada y eficaz, el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (el “**RDL 28/2020**”) nos ha proporcionado finalmente un marco legal seguro y suficiente sobre los límites del trabajo a distancia, recogiendo aspectos tan relevantes como son la obligatoriedad para el empresario de hacer frente a todos los costes, directos o indirectos, que pueda ocasionar el teletrabajo a la persona trabajadora, así como la obligación de que se formalice por escrito con cada trabajador un acuerdo de trabajo a distancia.

No obstante, el RDL 28/2020 ha concretado que dicha norma no resultará de aplicación a las situaciones de trabajo a distancia derivadas de la crisis sanitaria actual (lo que conllevará, por ejemplo, que no sea necesario formalizar el referido acuerdo de teletrabajo). Sin perjuicio de lo anterior, en estos casos, la empresa sí que deberá dotar a los trabajadores de los medios, equipos y herramientas necesarios y la negociación colectiva habrá de fijar la forma de compensación de los gastos que la modalidad de trabajo a distancia ocasione al trabajador.

2. Adopción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo

Los artículos 14 y 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en relación a lo dispuesto en el artículo 40.2. de la Constitución Española, imponen al empresario la condición de garante de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores a su cargo. Obligatoriedad esta que, en el contexto de la crisis sanitaria actual, adquiere un plus de dificultad ya que la irrupción de la COVID-19 supone un nuevo peligro para los trabajadores, habida cuenta de su gran facilidad de propagación y contagio, y sin previsión, a corto plazo, de un tratamiento que acabe con él.

Decaído el estado de alarma, se ha producido un retorno paulatino, progresivo y gradual de los trabajadores a los centros de trabajo. En este contexto, deviene necesario que las empresas adopten las medidas necesarias de seguridad, salud e higiene a fin de evitar contagios y rebrotes en sus instalaciones.

El articulado del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 marca la hoja de ruta a seguir por las empresas, al establecer una serie de medidas a tener en cuenta en los centros de trabajo. Adicionalmente, también habrá de tomarse como referencia lo dispuesto en las diferentes órdenes, guías y recomendaciones que han sido publicadas desde que se decretó el estado de alarma y que han sido complementadas durante todas las fases de la desescalada.

En definitiva, las empresas han de elaborar, ya sea directamente o a través del servicio de prevención de riesgos laborales, un protocolo de actuación cuyo objetivo no será otro que contribuir a la contención y mitigación de la COVID-19, así como proteger al máximo a los trabajadores en el entorno laboral.

Entre las pautas a seguir por los empresarios, se encuentra las siguientes: (i) adopción de medidas como la ordenación de los puestos de trabajo y organización de turnos, la introducción de medidas de higiene (uso de mascarillas, geles hidroalcohólicos y guantes), extremar la desinfección, ventilación y limpieza en el centro de trabajo, y la configuración de medidas específicas para trabajadores especialmente sensibles; (ii) establecimiento de protocolos de actuación en caso de detección de síntomas de la enfermedad en algún trabajador; (iii) fijación de estrategias de comunicación para con los empleados, empresas concurrentes, proveedores y clientes; y (iv) establecimiento de planes de contingencia y de continuidad de la actividad ante un aumento de las bajas laborales del personal o en un escenario de incremento del riesgo de transmisión en el lugar de trabajo.

Conviene mencionar que, ante cualquier incumplimiento de las medidas de prevención, la Autoridad Laboral será competente para informar a la autoridad sanitaria, siendo posible, en caso de constatarse incumplimientos, la imposición de medidas sancionadoras.

V. Efectos de la crisis sanitaria en la jurisdicción social a consecuencia de la COVID-19

La situación de excepcionalidad ocasionada por la crisis sanitaria a raíz de la propagación de la COVID-19 no tardó en tener su efecto inmediato en la Administración de Justicia. Así, todas las actuaciones judiciales y los plazos procesales fueron suspendidos para todos los órdenes jurisdiccionales, a excepción de los supuestos de servicios esenciales definidos como tales por la Disposición Adicional 2ª del RD 436/2020, y por los distintos Acuerdos que ha ido dictando el Consejo General del Poder Judicial ("**CGPJ**").

En este contexto, se prevé, durante los siguientes meses, un incremento de la actividad judicial, a consecuencia por un lado de la suspensión de todas las actuaciones procesales (con contadas excepciones) durante el estado de alarma y, por otro lado, debido a la litigiosidad que se generará a raíz de todas las medidas laborales implementadas durante el mencionado estado de alarma (y con posterioridad). Así lo ha entendido la Comisión Permanente del CGPJ, quien ya ha advertido del más que previsible incremento de la litigiosidad debido a la llegada de nuevos asuntos directamente vinculados con las medidas socioeconómicas adoptadas durante la pandemia (por ejemplo, despidos, ERTes, procedimientos de Seguridad Social, etc).

Lo anterior, ha hecho indispensable la adopción de un abanico de actuaciones de carácter temporal en aras de agilizar y reducir la ralentización de los procedimientos judiciales.

Por un lado, se ha establecido el carácter urgente y preferente de determinados procedimientos: (i) despido o extinción de contrato; (ii) los derivados del procedimiento para declarar el deber y forma de recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido recuperable; (iii) los procedimientos por aplicación del "Plan MECUIDA"; (iv) los procedimientos para la impugnación individual, colectiva o de oficio de los ERTes; y (v) los procedimientos para hacer efectivo el teletrabajo o la adecuación de las condiciones de trabajo.

Por otro lado, en lo que respecta a las medidas de carácter procesal que han sido introducidas destacan las siguientes: (i) el cómputo desde su inicio, con efectos desde el 4 de junio de 2020, de los términos y plazos procesales que hubieran quedado suspendidos a raíz de la declaración del estado de alarma; (ii) la celebración telemática de las actuaciones judiciales (tanto en horario de mañana como de tarde) durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización; y (iii) la habilitación parcial del mes de agosto (del 11 al 31 de agosto de 2020) para todas las actuaciones judiciales, a excepción de los sábados, domingos y festivos (salvo que se trate de actuaciones judiciales para las que esos días ya se consideraban hábiles).

A la luz de lo anterior, la cuestión radica en analizar si algunas de estas medidas (como la celebración de juicios telemáticos o la celebración de vistas por la tarde) pudiera tener un encaje indefinido en la jurisdicción laboral, una vez conjugados los puntos fuertes y débiles de las mismas.

Las ventajas más destacables, tanto para el juzgado como para los justiciables, son sin duda la agilización y eficiencia de los procesos, y el aprovechamiento de las nuevas tecnologías. No obstante, también existen inconvenientes como la pérdida del carácter de inmediatez como principio regidor el procedimiento social, al requerirse por parte de numerosos tribunales la aportación anticipada y telemática de la prueba y la identificación anticipada de testigos, así como la dificultad de garantizar que las personas que declaren en el acto del juicio lo hagan protegidos de cualquier tipo de injerencia por parte de terceras personas.

El papel de las ayudas de Estado en la crisis de la COVID-19: un análisis jurídico. En especial, la nacionalización de empresas

Juan Manuel Rodríguez Cárcamo

Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

I. Introducción	64
II. Concepto jurídico y regulación de las ayudas de Estado	65
III. Medidas de ayuda estatal contempladas por el marco temporal	67
IV. Las Medidas de Recapitalización COVID-19	68
1. Objetivo y aplicabilidad de estas ayudas de Estado	68
2. Condiciones de elegibilidad y entrada en el capital por los Estados	68
3. Tipos de medidas de recapitalización	69
4. Cantidad de la recapitalización	70
5. Remuneración y salida del Estado	70
5.1. Principios generales	70
5.2. Gobernanza y prevención de distorsiones indebidas de la competencia	72
V. Las medidas de recapitalización en España	74
VI. Conclusión	75



Resumen: El presente estudio analiza cuál es el papel que desempeñan las ayudas de Estado en la crisis de la COVID-19 desde un punto de vista jurídico. Para ello, se recuerda el concepto de ayudas de Estado y se examina la naturaleza jurídica de las comunicaciones de la Comisión. A continuación, se resumen las distintas ayudas de Estado que la Comisión ha declarado compatibles en el Marco Temporal y se describen los requisitos aplicables a las llamadas medidas de recapitalización, que permiten la entrada de los Estados miembros en el capital de empresas estratégicas que se encuentran en dificultades derivadas de la COVID-19. Por último, se menciona la regulación de esta concreta figura en España.

Abstract: This study analyses the role played by State aid in the COVID-19 crisis from a legal point of view. To this end, it revisits the concept of State aid and examines the legal nature of the Commission's communications. It then summarises the various forms of State aid that the Commission has declared compatible with the Temporary Framework and describes the requirements applicable to the recapitalisation measures, which allow Member States to invest in the capital of strategic companies that find themselves in difficulties because of COVID-19. Finally, the regulation of this specific measure in Spain is also discussed.



Palabras clave: COVID-19. Ayudas de Estado. Comunicaciones de la Comisión. Marco Temporal. Medidas de recapitalización. Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas. SEPI.

Keywords: COVID-19. State Aid. The Commission's Communications. Temporary Framework. Recapitalisation measures. Solvency Support Fund for Strategic Companies. State Industrial Ownership Corporation (Spanish acronym: SEPI).

El papel de las ayudas de Estado en la crisis de la COVID-19: un análisis jurídico. En especial, la nacionalización de empresas

I. Introducción

Desde que apareció la enfermedad por coronavirus o COVID-19, la preocupación de los Estados por proteger la salud de sus ciudadanos les ha llevado a adoptar medidas que, si bien pueden estar justificadas, han supuesto al mismo tiempo importantes restricciones a las libertades económicas fundamentales. Los confinamientos, las restricciones de movilidad o las medidas de distanciamiento social han afectado tanto a las empresas como a los trabajadores y han dificultado de forma muy importante, cuando no impedido totalmente, el ejercicio de libertades económicas tan consolidadas en nuestro ordenamiento jurídico como el derecho al trabajo o la libertad de empresa.

Estas medidas, que con mayor o menor rigor se han venido adoptando por todos los Estados de la comunidad internacional, han tenido una especial incidencia en las libertades de circulación en el ámbito del mercado interior que garantiza el Derecho de la Unión Europea. Así, la libre circulación de trabajadores, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de capitales han experimentado restricciones de una intensidad hasta ahora desconocida para el mercado interior desde que, en los años 50 del siglo pasado, se crearon las Comunidades Europeas.

Con la finalidad de paliar los efectos de esta situación de perturbación económica, a lo largo de estos meses hemos visto cómo los gobiernos a nivel estatal, regional y local de todos los Estados miembros de la Unión Europea han venido adoptando numerosas medidas económicas. En líneas generales, estas medidas han consistido en prestar apoyo económico a aquellas empresas y trabajadores a los que la COVID-19 ha afectado con mayor rigor. Algunas de estas medidas han tenido un impacto sectorial, aunque muchas de ellas se han dirigido en general a todos los sectores de actividad.

Las instituciones europeas no han sido ajenas a estas iniciativas dirigidas a paliar los efectos económicos de la COVID-19 y a propiciar la recuperación económica, siendo uno de los instrumentos que han empleado para ello las ayudas de Estado.

Vamos a analizar a continuación qué son las ayudas de Estado desde un punto de vista jurídico y cuáles son, en concreto, las ayudas de Estado que la Comisión ha autorizado a raíz de la COVID-19. Prestaremos una especial atención a las denominadas “medidas de recapitalización”, que suponen en la práctica una nueva regulación establecida por el Derecho de la Unión Europea para la participación de los Estados miembros en la vida económica, mediante su entrada en el capital social de determinadas empresas. Igualmente describiremos brevemente la regulación de esta cuestión en España.

II. Concepto jurídico y regulación de las ayudas de Estado

Las ayudas de Estado constituyen jurídicamente una obligación que los Estados miembros asumen como consecuencia de su adhesión a la Unión Europea y que, esencialmente, consiste en que se prohíbe a los Estados miembros que deseen adherirse, que ayuden económicamente a las empresas establecidas en sus territorios.

Procede recordar que las obligaciones establecidas en los tratados constitutivos de la Unión Europea son jurídicamente exigibles y están presididas por el principio de cooperación leal, el cual implica, conforme al artículo 4, apartado 3 del Tratado de la Unión Europea, que la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de dichos tratados, y que los Estados miembros se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.

Pues bien, la prohibición de que los Estados miembros de la Unión Europea concedan ayudas a las empresas establecidas en su territorio se recoge en el artículo 107, apartado 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”), el cual establece que, salvo que los tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

Esta prohibición está matizada, como establece el precepto, por las excepciones expresamente contempladas en los tratados. A este respecto, el artículo 107, apartado 2, letra b) TFUE dispone que las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por acontecimientos de carácter excepcional serán compatibles con el mercado interior, mientras que el apartado 3, letra c) del mismo artículo establece que las ayudas destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro podrán considerarse compatibles con el mercado interior.

El 19 de marzo de 2020, la Comisión Europea, en interpretación de estas excepciones, adoptó el denominado Marco Temporal¹ (que ha sido modificado en diversas ocasiones desde aquella fecha²) que, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, es una comunicación de la Comisión.

A este respecto, puede recordarse que, si bien conforme al artículo 288 TFUE, para ejercer las competencias de la Unión las instituciones adoptan reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes (caracterizándose estos dos últimos instrumentos por no ser vinculantes, según el quinto párrafo del precepto), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) admite que la Comisión también puede adoptar otro tipo de instrumentos con cierto valor normativo, como las directrices o las comunicaciones, que no están expresamente previstas en los tratados.

1 Comunicación de la Comisión. Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 [C/2020/1863]. DOUE C 911 de 20.3.2020, p. 1.

2 Comunicaciones de la Comisión. Modificaciones del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 [C/2020/2215] DOUE C 112I de 4.4.2020, p. 1; [C/2020/3156] DOUE C 164 de 13.5.2020, p. 3; [C/2020/4509] DOUE C 218 de 2.7.2020, p. 3, y [C/2020/7127] DOUE CI 340 de 13.10.2020, p.1.

Este reconocimiento parte de la premisa de que, en virtud del artículo 107, apartado 3 TFUE, la Comisión tiene la competencia exclusiva, bajo el control de los órganos jurisdiccionales de la Unión, para la apreciación de la compatibilidad de medidas de ayuda con el mercado interior y de que, para ello, la Comisión goza de una amplia facultad de apreciación cuyo ejercicio implica consideraciones complejas de orden económico y social³. Por ello, el TJUE admite que, en el ejercicio de esa facultad de apreciación, la Comisión pueda establecer directrices que determinen los criterios sobre cuya base se propone evaluar la compatibilidad con el mercado interior de las medidas de ayuda proyectadas por los Estados miembros en un momento temporal determinado⁴.

En cuanto al valor normativo de estas comunicaciones y directrices, la jurisprudencia del TJUE explica que al adoptar esas reglas de conducta y anunciar mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los casos previstos en ellas, la Comisión se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima⁵.

En definitiva, las comunicaciones adquieren valor normativo mediante la aplicación de los principios jurídicos generales de protección de la confianza legítima y de igualdad de trato. Una vez que la Comisión anuncia de forma pública que su interpretación de los preceptos anteriormente examinados va a dar lugar a declarar compatibles con el mercado interior determinadas medidas de ayuda que a partir de ese momento adopten los Estados miembros, la Comisión no puede modificar posteriormente su criterio, porque si lo hace, ello daría lugar a una vulneración de estos principios generales del Derecho.

La Comisión emplea habitualmente las comunicaciones y las directrices para adaptar la aplicación del Derecho sobre ayudas de Estado a las circunstancias económicas que se producen en cada momento. Así lo hizo ya, por ejemplo, en el contexto de la crisis financiera anterior, donde podemos citar la conocida como "Comunicación Bancaria"⁶ en relación con las medidas de apoyo en favor de los bancos.

Pues bien, la crisis surgida a raíz de la COVID-19 ha dado lugar a que la Comisión adopte un nuevo instrumento de este tipo, el Marco Temporal, que determina en la práctica las ayudas que los Estados miembros pueden adoptar a favor de las empresas establecidas en su territorio para paliar los efectos económicos de la COVID-19, ayudas que, conforme a los criterios contenidos en dicha comunicación, deben ser declaradas compatibles con el mercado interior por la Comisión.

En estos momentos, el criterio general, más allá de determinadas especialidades en algunos tipos de ayuda, es que las mismas pueden concederse por los Estados hasta el 30 de junio de 2021.

Vamos a ver a continuación cuáles son estas medidas.

3 Sentencias de 29 de julio de 2019, *Bayerische Motoren Werke/ Comisión y Freistaat Sachsen*, C-654/17 P, EU:C:2019:634, apartados 79 y 80 y de 19 de julio de 2016, *Kotnik y otros*, C 526/14, EU:C:2016:570, apartados 37 y 38.

4 Sentencias de 29 de julio de 2019, *Bayerische Motoren Werke/ Comisión y Freistaat Sachsen*, C-654/17 P, EU:C:2019:634, apartado 81 y de 19 de julio de 2016, *Kotnik y otros*, C 526/14, EU:C:2016:570, apartado 39.

5 Sentencias de 29 de julio de 2019, *Bayerische Motoren Werke/ Comisión y Freistaat Sachsen*, C-654/17 P, EU:C:2019:634, apartado 82 y de 19 de julio de 2016, *Kotnik y otros*, C 526/14, EU:C:2016:570, apartado 40.

6 Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera. [2013/C 216/01] DOUE C 216 de 30.7.2013, p. 1.

III. Medidas de ayuda estatal contempladas por el marco temporal

El Marco Temporal contempla 12 tipos de ayudas de Estado que los Estados miembros pueden conceder a sus empresas. Cabe agrupar estas ayudas en las siguientes categorías:

- En primer lugar, encontramos las ayudas o subvenciones directas, las cuales, en principio, están sujetas a un límite máximo de 800.000 euros por empresa. Dentro de esta categoría, se someten a reglas especiales (i) las ayudas a proyectos de I+D que lleven a cabo investigación relacionada con la COVID-19 y otros antivirales; (ii) las ayudas a la inversión para la construcción o mejora de las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala necesarias para el desarrollo, el ensayo y la ampliación de escala de productos relacionados con la COVID-19; y (iii) las ayudas a la inversión para la producción de productos relacionados con la COVID-19. Igualmente pertenecen a esta categoría las ayudas en forma de apoyo por costes fijos no cubiertos, recientemente introducidas en el Marco Temporal⁷.
- En segundo lugar, están las ayudas en forma de garantías de préstamos y de bonificaciones de los tipos interés de los préstamos, las cuales pueden concederse directamente por los Estados miembros o a través de entidades de crédito y otras entidades financieras como intermediarios financieros⁸. Es en esta última categoría donde se enmarcan los conocidos como “préstamos ICO” que se han puesto en marcha en España y que consisten esencialmente en operaciones de crédito o préstamo concedidas por las entidades financieras en España con un porcentaje de aval del Instituto de Crédito Oficial (el “ICO”).
- En tercer lugar, encontramos las ayudas en forma de aplazamientos del pago de impuestos o cotizaciones a la Seguridad Social y las ayudas en forma de subsidios salariales para los empleados a fin de evitar las reducciones plantilla durante el brote de COVID-19⁹.
- En cuarto lugar, se ha contemplado el apoyo de los Estados miembros en el ámbito de los seguros de crédito a la exportación¹⁰.
- Por último, se ha admitido también la nacionalización de empresas como consecuencia de la COVID-19, con la denominación “medidas de recapitalización” (“**Medidas de Recapitalización COVID-19**”)¹¹.

Si bien prácticamente todas estas formas de ayuda han sido empleadas por las autoridades públicas españolas con mayor o menor intensidad vamos a dedicar en este estudio una especial atención a las Medidas de Recapitalización.

7 Secciones 3.1, 3.6, 3.7, 3.8 y 3.12 del Marco Temporal.

8 Secciones 3.2, 3.3 y 3.4 del Marco Temporal.

9 Secciones 3.9 y 3.10 del Marco Temporal.

10 Sección 3.5 del Marco Temporal.

11 Sección 3.11 del Marco Temporal.

IV. Las Medidas de Recapitalización COVID-19

1. Objetivo y aplicabilidad de estas ayudas de Estado

El objetivo de la Comisión al autorizar todas estas ayudas de Estado ha sido asegurar que la perturbación económica provocada por la COVID-19 no dé lugar a la salida innecesaria del mercado de empresas que eran viables antes del brote de la COVID-19.

En el caso concreto de las Medidas de Recapitalización COVID-19, a la vista del objetivo anterior, las recapitalizaciones no deben superar el mínimo necesario para garantizar la viabilidad del beneficiario, ni exceder del restablecimiento de la estructura de capital del beneficiario a la situación anterior al brote de la COVID-19 (31 de diciembre de 2019). Además, las grandes empresas deben informar de cómo apoya sus actividades la ayuda recibida, en consonancia con los objetivos de la Unión Europea y las obligaciones nacionales vinculadas a la transformación ecológica y digital, incluido el objetivo de la Unión Europea de neutralidad climática para 2050¹².

Se establece el principio general de que las Medidas de Recapitalización COVID-19 solo pueden adoptarse si no se puede encontrar otra solución apropiada. Además, dichas medidas quedan sujetas a condiciones estrictas, por su grave efecto de distorsión de la competencia entre empresas¹³.

Para que las Medidas de Recapitalización queden cubiertas por el Marco Temporal, es preciso que las mismas se adopten antes del 30 de septiembre de 2021¹⁴. Pueden adoptarse Medidas de Recapitalización COVID-19 tanto respecto de grandes empresas, como respecto de pequeñas y medianas empresas¹⁵.

El Marco Temporal regula de forma detallada (i) la entrada, la remuneración y la salida del capital social por los Estados en las empresas interesadas; (ii) la gobernanza de las empresas recapitalizadas; y (iii) otras medidas dirigidas a limitar las distorsiones de la competencia.

12 Sección 3.11, apartado 44 del Marco Temporal.

13 Sección 3.11, apartado 45 del Marco Temporal.

14 Sección 3.11, apartado 48 del Marco Temporal.

15 Sección 3.11, apartado 46 del Marco Temporal.

2. Condiciones de elegibilidad y entrada en el capital por los Estados

Para que las Medidas de Recapitalización COVID-19 se puedan adoptar se deben cumplir las siguientes condiciones acumulativas:

- a) Que sin la intervención del Estado, el beneficiario quebraría o tendría serias dificultades para mantener sus operaciones. Esas dificultades pueden manifestarse en el deterioro de la relación entre la deuda y el capital social del beneficiario o en indicadores similares.
- b) Que la intervención responda al interés común. Esto puede estar relacionado con evitar las dificultades sociales y el fracaso del mercado

debido a la pérdida significativa de empleo, la salida de una empresa innovadora, la salida de una empresa de importancia sistémica, el riesgo de perturbación de un servicio importante, o situaciones similares debidamente justificadas por el Estado miembro en cuestión.

- c) Que el beneficiario no pueda encontrar financiación en los mercados en condiciones asequibles y las medidas horizontales existentes en el Estado miembro en cuestión para cubrir las necesidades de liquidez sean insuficientes para garantizar su viabilidad.
- d) Que el beneficiario no sea una empresa que ya estaba en dificultades a 31 de diciembre de 2019¹⁶.

Para que se pueda adoptar una Medida de Recapitalización COVID-19 se exige una previa solicitud escrita de las empresas potencialmente beneficiarias; y que los Estados miembros proporcionen a la Comisión pruebas de dicha solicitud escrita como parte de la notificación de la medida de ayuda individual a la Comisión¹⁷.

El Marco Temporal aplica tanto a regímenes de recapitalización COVID-19 para un sector o conjunto de empresas, como a medidas de ayuda individual. Al aprobar un régimen de recapitalización, la Comisión solicitará la notificación por separado de las ayudas individuales que superen el umbral de 250 millones de euros. En relación con dichas notificaciones, la Comisión evaluará (i) si la financiación existente en el mercado o las medidas horizontales para cubrir las necesidades de liquidez son insuficientes para garantizar la viabilidad del beneficiario, (ii) que los instrumentos de recapitalización seleccionados y las condiciones vinculadas a los mismos son adecuados para hacer frente a las graves dificultades del beneficiario, (iii) que la ayuda es proporcionada y (iv) que se cumplen las restantes condiciones del Marco Temporal¹⁸.

16 Sección 3.11, apartado 49 del Marco Temporal.

17 Sección 3.11, apartado 50 del Marco Temporal.

18 Sección 3.11, apartado 51 del Marco Temporal.

3. Tipos de medidas de recapitalización

Los Estados miembros pueden proporcionar medidas de recapitalización de COVID-19 utilizando dos conjuntos distintos de instrumentos de recapitalización:

- a) instrumentos de capital, en particular, la emisión de nuevas acciones ordinarias o preferentes; y/o
- b) instrumentos con un componente de capital (denominados "instrumentos de capital híbridos"¹⁹), en particular, derechos de participación en los beneficios, participaciones sin voto y bonos garantizados o no garantizados convertibles²⁰.

19 Los instrumentos de capital híbridos son instrumentos que tienen características tanto de deuda como de capital social. Por ejemplo, los bonos convertibles son remunerados como los bonos hasta que se convierten en capital social. La evaluación de la remuneración global de los instrumentos híbridos de capital depende, pues, por un lado, de su remuneración mientras sean instrumentos similares a la deuda y, por otro, de las condiciones de conversión en instrumentos de capital.

La intervención del Estado puede consistir en una modificación de los instrumentos mencionados o en una combinación de instrumentos de capital social e híbridos. Los Estados miembros también pueden suscribir los instrumentos

20 Sección 3.11, apartado 52 del Marco Temporal.

mencionados en el contexto de una oferta de mercado, a condición de que cualquier intervención estatal resultante en un beneficiario cumpla las condiciones establecidas en el Marco Temporal. El Estado miembro debe asegurarse de que los instrumentos de recapitalización seleccionados y las condiciones vinculadas a los mismos sean adecuados para atender a las necesidades de recapitalización del beneficiario, siendo al mismo tiempo los menos distorsionadores de la competencia²¹.

4. Cantidad de la recapitalización

No se establecen límites cuantitativos en las medidas de recapitalización, a diferencia de lo que ocurre en otras medidas contempladas por el Marco Temporal. No obstante, a fin de garantizar la proporcionalidad de la ayuda, el importe de la recapitalización no debe superar el mínimo necesario para garantizar la viabilidad del beneficiario, y no debe ir más allá de la restauración de la estructura de capital del beneficiario anterior al brote de la COVID-19 (31 de diciembre de 2019). Al evaluar la proporcionalidad de la ayuda, se tendrán en cuenta las ayudas estatales recibidas o previstas en el contexto del brote de la COVID-19 y, a estos efectos, los instrumentos híbridos concedidos por el Estado deben contabilizarse como capital²².

5. Remuneración y salida del Estado

5.1. Principios generales

El Estado miembro recibirá una remuneración adecuada por la inversión realizada. Cuanto más se acerque la remuneración a las condiciones de mercado, menor será la posible distorsión de la competencia causada por la intervención del Estado²³.

La recapitalización de COVID-19 debe ser redimida cuando la economía se estabilice. La Comisión considera apropiado dar al beneficiario el tiempo suficiente para redimir la recapitalización. El Estado miembro debe poner en marcha un mecanismo para incentivar la amortización gradual²⁴.

La remuneración de la Medida de Recapitalización COVID-19 debe incrementarse para que converja con los precios de mercado y dé incentivos al beneficiario y a los demás accionistas para amortizar la medida de recapitalización estatal y para minimizar el riesgo de falseamiento de la competencia²⁵.

Remuneración de los instrumentos de capital

La aportación de capital por parte del Estado debe realizarse a un precio no superior al precio medio de la acción del beneficiario durante los quince días anteriores a la solicitud de aportación de capital. Si el beneficiario no es una sociedad

21 Sección 3.11, apartado 53 del Marco Temporal.

22 Sección 3.11, apartado 54 del Marco Temporal.

23 Sección 3.11, apartado 55 del Marco Temporal.

24 Sección 3.11, apartado 56 del Marco Temporal.

25 Sección 3.11, apartado 57 del Marco Temporal.

cotizada, debe realizarse una estimación de su valor de mercado recurriendo a un experto independiente o mediante otros medios proporcionados²⁶.

Toda medida de recapitalización ha de incluir un mecanismo de ajuste al alza que incremente la remuneración del Estado con el fin de incentivar al beneficiario a recomprar las aportaciones de capital del Estado. Este incremento en la remuneración puede adoptar la forma de acciones adicionales²⁷ concedidas al Estado o de otros mecanismos, y debe consistir en un aumento mínimo del 10% de la remuneración del Estado (por la participación resultante de la aportación estatal de capital en el contexto de la COVID-19 que no se haya reembolsado) en cada una de las fases del ajuste al alza:

- a)** En caso de que, transcurridos cuatro años desde la aportación de capital en el contexto de la COVID-19 el Estado no haya vendido al menos el 40% de su participación en el capital resultante de su aportación en el contexto de la COVID-19, se activará el mecanismo de ajuste al alza.
- b)** En caso de que, transcurridos seis años desde la aportación de capital en el contexto de la COVID-19 el Estado no haya vendido la totalidad de su participación en el capital resultante de su aportación en el contexto de la COVID-19, se activará de nuevo el mecanismo de ajuste al alza²⁸.

Por ejemplo, cuando el ajuste al alza adopta la forma de concesión al Estado de acciones adicionales, si la participación del Estado en un beneficiario es del 40% como consecuencia de su aportación de capital, y si el Estado no vende su participación antes de la fecha señalada, la participación del Estado debe incrementarse como mínimo en un 4% ($0,1 \times 40\% = 4\%$), alcanzando así el 44% cuatro años después de la aportación de capital en el contexto de la COVID-19 (primera fase de ajuste al alza), y el 48% a los seis años de la aportación de capital en el contexto de la COVID-19 (segunda fase de ajuste al alza), lo que dará lugar a la correspondiente dilución de las participaciones de los demás accionistas²⁹.

Si el beneficiario no es una empresa que cotiza en bolsa, los Estados miembros pueden decidir aplicar cada una de las dos etapas un año más tarde, es decir, cinco y siete años después de la concesión de la inyección de capital de COVID-19, respectivamente³⁰.

La Comisión puede aceptar mecanismos alternativos, siempre y cuando estos conduzcan, en términos globales, a un resultado similar en lo que se refiere a los efectos incentivadores para la salida del Estado y tengan una incidencia global similar en la remuneración del Estado³¹.

El beneficiario de la ayuda debe tener en todo momento la posibilidad de recomprar la participación en el capital social que el Estado ha adquirido. Para garantizar que el Estado reciba una remuneración adecuada por la inversión, el precio de recompra debe ser el importe más alto de: (i) la inversión nominal del Estado

26 Sección 3.11, apartado 60 del Marco Temporal.

27 Las acciones adicionales pueden, por ejemplo, concederse mediante la emisión de obligaciones convertibles en la fecha de la recapitalización, que se convertirán en acciones en la fecha de activación del mecanismo de ajuste al alza.

28 Sección 3.11, apartado 61 del Marco Temporal.

29 Sección 3.11, nota a pie de página 63 del Marco Temporal.

30 Sección 3.11, apartado 61 del Marco Temporal.

31 Sección 3.11, apartado 62 del Marco Temporal.

incrementada con una remuneración anual por intereses 200 puntos básicos superior a la establecida en el Marco Temporal o (ii) el precio de mercado en el momento de la recompra³².

Como alternativa, el Estado puede vender en cualquier momento su participación en el capital social a precio de mercado a compradores distintos del beneficiario. Esa venta requiere, en principio, una consulta abierta y no discriminatoria de los posibles compradores o una venta en la bolsa de valores. El Estado podrá dar a los accionistas existentes derechos prioritarios de compra al precio resultante de la consulta pública³³. Se establecen ciertas reglas especiales para los casos en que el Estado es el único accionista existente y determinadas alternativas al proceso de venta³⁴.

32 Sección 3.11, apartado 63 del Marco Temporal.

Se establecen además determinadas reglas para la remuneración de los instrumentos de capital híbridos³⁵.

33 Sección 3.11, apartado 64 del Marco Temporal.

5.2. Gobernanza y prevención de distorsiones indebidas de la competencia

A fin de evitar falseamientos indebidos de la competencia, no se permite a los beneficiarios ni practicar una expansión comercial agresiva financiada por las ayudas estatales ni asumir riesgos excesivos. Como principio general, cuanto menor sea la participación en el capital del Estado miembro y cuanto mayor sea la remuneración, menor será la necesidad de salvaguardias³⁶.

34 Sección 3.11, apartados 64 bis y ter del Marco Temporal.

Si el beneficiario de una Medida de Recapitalización COVID-19 por encima de 250 millones de euros es una empresa con un poder de mercado significativo en al menos uno de los mercados pertinentes en los que opera, los Estados miembros deben proponer medidas adicionales para preservar la competencia efectiva en esos mercados³⁷.

35 Sección 3.11, apartados 65 a 70 del Marco Temporal.

Los beneficiarios de las Medidas de Recapitalización COVID-19 tienen prohibido hacer publicidad de la misma con fines comerciales³⁸.

36 Sección 3.11, apartado 71 del Marco Temporal.

Mientras no se haya amortizado al menos el 75% de las Medidas de Recapitalización COVID-19, se impedirá que los beneficiarios que no sean pymes adquieran una participación superior al 10% en competidores u otros operadores del mismo sector de actividad, incluidas las operaciones ascendentes y descendentes, aunque se admiten determinadas excepciones³⁹.

37 Sección 3.11, apartado 72 del Marco Temporal.

38 Sección 3.11, apartado 73 del Marco Temporal.

No se utilizarán ayudas estatales para subvencionar de forma cruzada las actividades económicas de las empresas integradas que ya se encontraban en dificultades económicas a 31 de diciembre de 2019. Se establecerá una clara separación de cuentas en las empresas integradas para garantizar que la medida de recapitalización no beneficie a esas actividades⁴⁰.

39 Sección 3.11, apartados 74 y 75 del Marco Temporal.

40 Sección 3.11, apartado 76 del Marco Temporal.

Mientras las Medidas de Recapitalización COVID-19 no hayan sido totalmente amortizadas, los beneficiarios no podrán efectuar pagos de dividendos, ni pagos de cupones no obligatorios, ni recomprar acciones, salvo en relación con el Estado⁴¹.

Mientras no se haya reembolsado al menos el 75% de las Medidas de Recapitalización de COVID-19, la remuneración de cada miembro de la dirección de los beneficiarios no debe superar la parte fija de su remuneración a 31 de diciembre de 2019. Para las personas que se conviertan en miembros de la dirección en el momento de la recapitalización o después de ella, el límite aplicable es la remuneración fija más baja de cualquiera de los miembros de la dirección a 31 de diciembre de 2019. En ningún caso se pagarán primas ni otros elementos de remuneración variable o comparable⁴².

Se han establecido reglas especiales más flexibles para los casos en que, entre otras condiciones especiales, aporten capital inversores privados⁴³.

Estrategia de salida del Estado y presentación de informes

Los beneficiarios distintos de las pymes que hayan recibido una Medida de Recapitalización COVID-19 superior al 25% de su capital en el momento de la intervención deberán demostrar una estrategia de salida creíble para la participación del Estado miembro, a menos que la intervención del Estado se reduzca por debajo del nivel del 25% del capital en un plazo de 12 meses a partir de la fecha de concesión de la ayuda⁴⁴.

La estrategia de salida establecerá (i) el plan del beneficiario sobre la continuación de su actividad y la utilización de los fondos invertidos por el Estado, incluido un plan de pago de la remuneración y de la amortización de la inversión del Estado (plan de reembolso) y (ii) las medidas que el beneficiario y el Estado tomarán para cumplir el plan de reembolso. Dicha estrategia de salida debe prepararse y presentarse al Estado miembro dentro de los 12 meses siguientes a la concesión de la ayuda y debe ser aprobada por el mismo. Además, los beneficiarios deben informar al Estado miembro sobre los progresos en la aplicación del plan de reembolso en un plazo de 12 meses a contar desde la presentación del plan y, posteriormente, periódicamente cada 12 meses⁴⁵.

Mientras las Medidas de Recapitalización COVID-19 no se hayan reembolsado en su totalidad, los beneficiarios de una recapitalización COVID-19, que no sean pymes, deberán, en un plazo de 12 meses a partir de la fecha de concesión de la ayuda y posteriormente de forma periódica cada 12 meses, publicar información sobre la utilización de las ayudas recibidas. En particular, deberán incluir información sobre la forma en la que la utilización de la ayuda recibida apoya sus actividades en consonancia con los objetivos de la Unión Europea y las obligaciones nacionales vinculadas a la transformación ecológica y digital, incluido el objetivo de la Unión Europea de neutralidad climática para 2050⁴⁶.

41 Sección 3.11, apartado 77 del Marco Temporal.

42 Sección 3.11, apartado 78 del Marco Temporal.

43 Sección 3.11, apartados 78 bis y 78 ter del Marco Temporal.

44 Sección 3.11, apartado 79 del Marco Temporal.

45 Sección 3.11, apartados 80 a 82 del Marco Temporal.

46 Sección 3.11, apartado 83 del Marco Temporal.

Los Estados miembros deben informar anualmente a la Comisión sobre la aplicación de los planes de reembolso⁴⁷.

Si seis años después de la recapitalización COVID-19, la intervención del Estado no se ha reducido por debajo del 15% del capital del beneficiario, deberá notificarse a la Comisión un plan de reestructuración para su aprobación. La Comisión evaluará si las acciones contempladas en el plan de reestructuración garantizan la viabilidad del beneficiario, teniendo en cuenta también los objetivos de la Unión Europea y las obligaciones nacionales vinculadas a la transformación verde y digital. Si el beneficiario no es una empresa cotizada, o es una pyme, el Estado miembro puede decidir notificar un plan de reestructuración solo si la intervención del Estado no se ha reducido por debajo del nivel del 15% del capital social siete años después de la recapitalización COVID-19⁴⁸.

V. Las medidas de recapitalización en España

El Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo⁴⁹ (el “**RDL 25/2020**”) ha creado en España el Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas (el “**Fondo**”) para permitir la aplicación de las medidas de recapitalización anteriormente descritas, con sujeción a lo que establece el Marco Temporal. El Fondo se dotó inicialmente con 10.000 millones de euros con el objetivo de aportar apoyo público temporal para reforzar la solvencia empresarial de empresas no financieras afectadas por la pandemia de la COVID-19 que sean consideradas estratégicas para el tejido productivo nacional o regional.

Entre los motivos que justifican la consideración como empresas estratégicas, el RDL 25/2020 señala, entre otros, su sensible impacto social y económico, su relevancia para la seguridad, la salud de las personas, las infraestructuras, las comunicaciones o su contribución al buen funcionamiento de los mercados.

El Fondo carece de personalidad jurídica y será gestionado a través de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (“**SEPI**”) por un consejo gestor de nueva creación (el “**Consejo Gestor**”), adscrito al Ministerio de Hacienda.

El RDL 25/2020 establece que las operaciones con cargo al Fondo se llevarán a cabo previa solicitud por parte de la empresa interesada y que la competencia para resolver sobre dichas solicitudes corresponde al Consejo Gestor, siendo necesaria la autorización del Consejo de Ministros para la aprobación de las operaciones. El plazo máximo para resolver será de seis meses contados desde la presentación de la solicitud de la empresa. Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, se entenderá que la solicitud ha sido desestimada. Las resoluciones del Consejo Gestor ponen fin a la vía administrativa y frente a ellas podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

47 Sección 3.11, apartado 84 del Marco Temporal.

48 Sección 3.11, apartado 85 del Marco Temporal.

49 BOE núm. 185, de 6 de julio de 2020, pág. 47684.

En todas las operaciones y acciones relativas al Fondo, SEPI actuará en nombre y representación de la Administración General del Estado, ejerciendo de depositario de los títulos y contratos representativos de las operaciones de activo realizadas, así como ejerciendo los derechos que como administrador pudiera corresponder a la participación de la Administración General del Estado.

A este respecto, se establece que, en supuestos de participación en el capital social de la empresa, los votos que corresponden al Consejo Gestor, sus consiguientes derechos políticos y su incorporación al órgano de administración de la entidad mediante la designación del número de consejeros equivalente a su cuota de participación (redondeada al número entero más próximo), se determinará sin necesidad de ningún acto o acuerdo salvo la notificación al Registro Mercantil correspondiente. Asimismo, la responsabilidad que de acuerdo con la normativa aplicable le pudiera corresponder, en su caso, al empleado público como miembro de los consejos de administración de las empresas objeto de participación en su capital social, será directamente asumida por la Administración General del Estado. El Consejo Gestor podrá exigir de oficio al empleado público la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia grave, conforme a lo previsto en las leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial.

El Fondo se rige por lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el propio RDL 25/2020 y el resto de las normas de Derecho administrativo general y especial que le resulten de aplicación.

En desarrollo del RDL 25/2020, el 24 de julio de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020, por el que se establece detalladamente el funcionamiento del Fondo⁵⁰.

En estos momentos, según las informaciones publicadas en los medios de comunicación, existen ya diversas solicitudes de empresas que han pedido la aplicación de esta medida.

VI. Conclusión

La crisis económica originada por la COVID-19 y las medidas económicas adoptadas por los Estados (en el marco de las reglas acordadas por las instituciones europeas en el caso de los Estados miembros de la Unión Europea) han determinado la aparición de nuevos instrumentos jurídicos que deben ser tomados en consideración en estos momentos en el ejercicio de prácticamente cualquier actividad económica.

Uno de estos instrumentos son las ayudas de Estado, que han permitido a la Comisión Europea establecer reglas que resultan de aplicación en todos los

50 Orden PCM/679/2020, de 23 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020, por el que se establece el funcionamiento del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas. BOE núm. 201, de 24 de julio de 2020, pág. 56712.

Estados miembros y que pretenden favorecer que las medidas que se adopten contribuyan efectivamente a la recuperación económica, impidiendo al mismo tiempo que las mismas deriven en un falseamiento de la competencia en el mercado interior.

Entre las ayudas de Estado que la Comisión permite adoptar a los Estados miembros se encuentran las llamadas “medidas de recapitalización”, que permiten en estos momentos la entrada del Estado en el capital de determinadas empresas estratégicas que se encuentran en dificultades serias derivadas de la COVID-19.

Tanto la concesión de la ayuda por el Estado, como su posterior presencia como socio en las empresas afectadas, está sujeta a un nuevo conjunto de reglas que precisarán de interpretación en el futuro tanto por las empresas que la soliciten, como por el Estado que concede por la ayuda y por la Comisión que la autorice. Sin lugar a dudas, se trata de un nuevo reto que los operadores jurídicos deberemos afrontar en los próximos años.

Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia

Juan Ignacio Santabaya González
Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

María José Riofrío Casajoana
Asociada de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

I. Introducción	80
II. Medidas procesales	81
III. Medidas organizativas y tecnológicas	81
1. Celebración de los actos procesales por vía telemática y acceso restringido a las salas de vistas	81
2. Atención al público	82
3. Creación de órganos judiciales asociados a la COVID-19 y de unidades judiciales	82
4. Regulación de la jornada laboral de los trabajadores de la Administración de Justicia	82
IV. Otras medidas destacables en el ámbito civil	83
V. Medidas concursales y societarias	83
1. Medidas previstas a fin de mantener la continuidad económica de las empresas	84
2. Medidas para potenciar e incentivar la financiación de las empresas	87
3. Medidas para agilizar la tramitación de concursos de acreedores	88
4. Medidas en materia societaria: suspensión de la causa de disolución por pérdidas	90
VI. Entrada en vigor y régimen transitorio	90
VII. Conclusiones sobre las medidas adoptadas	91
Adenda: Resumen de las medidas adoptadas en el ámbito concursal y societario. Cuadro comparativo de la Ley 3/2020 frente al régimen general previsto en el TRLC y en la LSC	93



Resumen: El 14 de marzo de 2020, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Como consecuencia del estado de alarma y de la propia coyuntura económica derivada de la crisis sanitaria, he resultado imprescindible adoptar una serie de medidas mediante las cuales se pretende, por un lado, adaptar el funcionamiento de la Administración de Justicia y, por otro, modificar ciertas instituciones procesales, en previsión del aumento de litigiosidad.

En este contexto, el pasado 19 de septiembre de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la administración de justicia. En el presente artículo se analizan las principales medidas adoptadas por dicha Ley, en el ámbito civil, y de las cuales, en atención a la materia, nos centramos en: (i) medidas procesales; (ii) medidas organizativas y tecnológicas; y (ii) medidas en el ámbito concursal y societario.

Abstract: On 14 March 2020, the Council of Ministers approved Royal Decree 463/2020, which declared the state of alarm for the management of the health crisis caused by COVID-19. As a consequence of the state of alarm and the economic situation resulting from the health crisis, it has become essential to adopt a series of measures to, on one hand, adapt the functioning of the administration of justice and, on the other hand, amend certain legal institutions, in anticipation of the increase in litigation.

In view of this, on 19 September 2020, Law 3/2020 of 18 September on procedural and organisational measures to deal with COVID-19 in the area of the administration of justice was published in the Official State Bulletin. The present article analyses the main measures adopted by said Law in the area of civil law, where we focus on (i) litigation measures; (ii) organisational and technological measures; and (ii) measures in the area of bankruptcy and corporate law.



Palabras clave: Medidas procesales. Medidas organizativas y tecnológicas. Celebración de los actos procesales por vía telemática. Atención al público. Creación de órganos y unidades judiciales. Jornada laboral de los trabajadores de la Administración de Justicia. Regla *rebus sic stantibus*. Propuesta de modificación del convenio. Declaración de incumplimiento del convenio. Apertura de la fase de liquidación. Acuerdos de refinanciación. Declaración de concurso de acreedores. Calificación de créditos. Tramitación preferente. Simplificación de actos. Causa de disolución por pérdidas.

Keywords: Litigation measures. Organisational and technological measures. Holding legal proceedings remotely. Customer service. Creation of judicial bodies and units. Working hours of the employees in the administration of justice. Rebus sic stantibus rule. Proposal to amend the collective agreement. Declaration of non-compliance with the collective agreement. Opening liquidation proceedings. Refinancing agreements. Declaration of bankruptcy. Credit rating. Preferential processing. Streamlining proceedings. Grounds for dissolution due to losses.

Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia

I. Introducción

El 19 de septiembre de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la administración de justicia (la "**Ley 3/2020**").

La Ley 3/2020 ha sido redactada sobre la base 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 (el "**RDL 16/2020**")¹, el cual queda derogado tras la entrada en vigor de la Ley 3/2020. La Ley 3/2020 introduce algunas modificaciones respecto de las medidas que venían recogidas en el RDL 16/2020, por ejemplo, ampliando algunos plazos y poniendo en marcha el Tablón Edictal Judicial Único.

En el ámbito civil destacamos tres conjuntos de normas previstas en la Ley 3/2020² en atención a la materia: (i) medidas procesales; (ii) medidas organizativas y tecnológicas; y (iii) medidas en el ámbito concursal y societario.

Las primeras tienen como objetivo agilizar el desarrollo de los procedimientos suspendidos durante el estado de alarma y permitir el funcionamiento adecuado de la Administración de Justicia ante el aumento de litigiosidad provocado por la crisis sanitaria. Las segundas medidas consisten en la implementación de medios tecnológicos para garantizar la distancia de seguridad en el desarrollo de vistas y audiencias públicas. Por último, la finalidad de las terceras es atenuar, temporal y excepcionalmente, las consecuencias que tendría la aplicación en las actuales circunstancias de las normas generales sobre disolución de sociedades de capital y declaración de concurso. Se pretende evitar declaraciones de concurso o, en su caso, aperturas de la fase de liquidación, respecto de empresas que podrían ser viables en ausencia de la crisis provocada por la COVID-19. En concreto, en el ámbito societario se establecen dos normas que, de manera temporal y excepcional, sustituyen la aplicación de las normas generales sobre disolución de sociedades de capital y sobre declaración de concurso, a saber: (i) la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores hasta el 31 de diciembre de 2020³; y (ii) la previsión de que no se compute el resultado del presente ejercicio a los efectos de la causa legal de disolución por pérdidas.

Si bien la Ley 3/2020 introduce medidas que afectan a todos los órdenes jurisdiccionales, en este artículo únicamente se analizan las principales medidas en el ámbito procesal civil y en materia concursal.

¹ Estas, a su vez, se suman a las medidas establecidas 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 (el "**RDL 11/2020**"). El RDL 11/2020 establece, entre otras cosas, una serie de modificaciones en materia concursal en relación con la suspensión de los contratos de trabajo y reducción de la jornada, a fin de extender a las empresas concursadas la posibilidad de acceder a un expediente de regulación temporal de empleo, todo ello en los términos del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (el "**RDL 8/2020**").

² La norma se divide en tres capítulos: Capítulo I - Medidas procesales; Capítulo II - Medidas concursales y societarias; y Capítulo III - Medidas organizativas y tecnológicas. También incluye varias disposiciones adicionales, finales y transitorias.

³ A estos efectos, se deroga el artículo 43 del RDL 8/2020, que establecía la suspensión del deber de solicitar el concurso durante la vigencia del estado de alarma y preveía que los jueces no admitirían a trámite solicitudes de concurso necesario hasta transcurridos dos meses desde la finalización de dicho estado.

II. Medidas procesales

Ante el gran volumen de litigios que se encuentran pendientes y las necesidades derivadas de la pandemia, la Ley 3/2020, en su Capítulo I, ordena que se prioricen determinados asuntos, tanto en los juzgados y tribunales, como en el Registro Civil.

En este sentido, centrándonos en los asuntos de los juzgados y tribunales, se acuerda la tramitación preferente de determinados procedimientos civiles derivados de: (i) la falta de reconocimiento por la entidad acreedora de la moratoria legal en las hipotecas de vivienda habitual y de inmuebles afectos a la actividad económica; (ii) reclamaciones planteadas por arrendatarios por falta de aplicación de la moratoria prevista legalmente o de la prórroga obligatoria del contrato; y (iii) procedimientos concursales de deudores personas físicas. Esta tramitación preferente tendrá lugar hasta el 31 de diciembre de 2020⁴.

III. Medidas organizativas y tecnológicas

El Capítulo III de la Ley 3/2020 que recoge medidas organizativas y tecnológicas, tiene como objetivo agilizar, organizar y adaptar a la nueva realidad las funciones de la Administración de Justicia. Así, con el uso de medios tecnológicos, se pretende proteger la salud de las personas y minimizar el riesgo de contagio del coronavirus, sin perder de vista la importancia de garantizar, a su vez, los derechos de todas las partes del proceso.

1. Celebración de los actos procesales por vía telemática y acceso restringido a las salas de vistas

Hasta el 20 de junio de 2021, los actos procesales –juicios, comparecencias, declaraciones y vistas, además de las deliberaciones de los tribunales– se celebrarán preferentemente por vía telemática, siempre que los juzgados, tribunales y fiscalías posean los medios técnicos necesarios. La Ley 3/2020 ordena que, cuando se utilicen medios telemáticos, se garanticen los derechos de todas las partes. Sin perjuicio de lo anterior, el juez o letrado de la Administración de Justicia ante el que se vaya a celebrar el acto puede decidir sobre la asistencia presencial de los comparecientes que considere necesarios.

Por otro lado, los órganos judiciales deberán ordenar el acceso a las salas de vistas, atendiendo a las características de dichas salas, con el fin de garantizar la protección de la salud. También podrán acordar la emisión de las vistas a través de sistemas de difusión telemática de imagen y sonido⁵.

Hasta esa misma fecha de 20 de junio de 2021, se dispensa a las partes del uso de togas en las audiencias públicas.

4 Artículo 2.1.b) Ley 3/2020.

5 Artículos 14 y 15 Ley 3/2020.

2. Atención al público

Con el propósito de reducir la afluencia de personas en las sedes judiciales, la Ley 3/2020 dispone que la atención al público en las sedes judiciales o de la fiscalía se lleve a cabo por videoconferencia, teléfono o a través del correo electrónico, siempre que sea posible. Para los casos en los que sea imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario concertar cita previa⁶.

3. Creación de órganos judiciales asociados a la COVID-19 y de unidades judiciales

En atención al aumento de litigiosidad provocado por la crisis sanitaria, se prevé la transformación de los órganos judiciales pendientes de entrada en funcionamiento, en órganos que conozcan en exclusiva de procedimientos asociados a la COVID-19. También se podrá anticipar la entrada en funcionamiento de los órganos judiciales incluidos en la programación de 2020, y dedicar todos o algunos de ellos a procedimientos asociados a la COVID-19 con carácter exclusivo.

Siguiendo la misma finalidad de aumentar la capacidad de la Administración de Justicia, la disposición adicional 5ª establece que el Gobierno promoverá la creación en un plazo de tres años de, al menos, cien unidades judiciales nuevas. Al menos un tercio de las nuevas unidades judiciales deberán crearse durante el primero de esos tres años.

Por último, cabe señalar que la disposición final 4ª prevé la creación de un Tablón Edictal Judicial Único. Este instrumento será el medio de publicación de todas las resoluciones y comunicaciones que, por disposición legal, deban fijarse en tablón de anuncios, o publicarse en el BOE, o en boletines provinciales o autonómicos. Es decir, se sustituyen todas las vías de publicación de resoluciones y comunicaciones de todos los órdenes jurisdiccionales por un único Tablón Edictal, que será publicado electrónicamente por la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. La publicación de los edictos mediante el Tablón Edictal Judicial Único será de aplicación a todos los procedimientos desde el 1 de junio de 2021.

⁶ Cabe interpretar que esta necesidad de cita previa no afecta a los abogados, procuradores y graduados sociales. En este sentido, durante la aprobación del Proyecto de Ley 3/2020 por la Comisión de Justicia del Senado, el texto definitivo que debía ser aprobado por la Cámara Baja recogió una enmienda transaccional en el artículo 18 Ley 3/2020, por la que se excluyó la referencia a abogados, procuradores y graduados sociales en relación con la necesidad de solicitar cita previa.

4. Regulación de la jornada laboral de los trabajadores de la Administración de Justicia

Asimismo, para agilizar el funcionamiento de la Administración de Justicia, se regula la jornada laboral de los trabajadores de la Administración de Justicia, disponiendo que existirán jornadas de trabajo de mañana y de tarde para todos los servicios y órganos jurisdiccionales. En este sentido, en el preámbulo de la ley se hace referencia a la posibilidad de celebrar juicios y vistas tanto en horario de mañana como de tarde. Sin embargo, en el articulado no se desarrolla esta idea, por lo que no está claro que esta posibilidad acabe llevándose a la práctica.

IV. Otras medidas destacables en el ámbito civil

Por último, destacamos la disposición adicional 7ª, la cual encomienda al Gobierno el análisis de la incorporación al régimen jurídico de obligaciones y contratos de la regla *rebus sic stantibus*. Dicho estudio deberá incluir los datos de los que se disponga sobre el impacto de la crisis de la COVID-19 en los contratos privados. La regulación de la cláusula *rebus sic stantibus* es una materia pendiente desde hace tiempo, y cuya necesidad ha vuelto a quedar de manifiesto con la situación creada por la actual pandemia.

El legislador ya adelantaba esta idea en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, en la medida en que, ni la Ley 29/1994, de 25 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, ni la regulación del Código Civil sobre fuerza mayor, ofrecen una solución idónea para la distribución del riesgo entre las partes de los contratos de arrendamiento. En criterio del legislador, esto hace necesario elaborar una regulación específica en línea con la regla *rebus sic stantibus*, que permita la modulación o modificación de las obligaciones contractuales. Así las cosas, habrá que prestar atención a potenciales reformas del Código Civil, pues es posible que, por fin, veamos esta regla incorporada en nuestro marco normativo, aunque aún no se conozca el contenido y alcance de la codificación que se pretende llevar a cabo.

V. Medidas concursales y societarias

El Capítulo II de la Ley 3/2020 recoge una serie de medidas en el ámbito concursal, que se dividen en tres bloques, atendiendo a su finalidad: (i) medidas previstas para mantener la continuidad económica de aquellos deudores, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado; (ii) medidas destinadas a potenciar e incentivar la financiación de las empresas, para atender sus necesidades transitorias de liquidez; y (iii) medidas de agilización del proceso concursal, en atención al previsible aumento de litigiosidad.

El contenido de estas medidas es, en esencia, el mismo que ya venía recogido en el RDL 16/2020. Las diferencias destacables de la Ley 3/2020, frente al RDL 16/2020 son: (i) la determinación de plazos y fechas (en lugar de que el término de los plazos se establezca “desde la declaración del estado de alarma”, la Ley 3/2020 hace referencia a fechas concretas); (ii) la concesión de un nuevo plazo de seis meses para solicitar el concurso por parte de aquellos deudores que, a 31 de diciembre de 2020, hubieran comunicado al juzgado la apertura de negociaciones con acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, plazo que se cuenta desde dicha comunicación; y (iii) en materia de enajenación de la masa activa, y para los concursos que se declaren hasta el 14 de marzo de 2021 y los que se encuentren en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2020,

la supresión de la obligatoriedad que impuso el artículo del 15.1 RDL 16/2020 de que la subasta de bienes y derechos de la masa activa –salvo para la enajenación del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas– tuviera que ser extrajudicial, aunque el plan de liquidación estableciera otra cosa.

1. Medidas previstas a fin de mantener la continuidad económica de las empresas

Con el objetivo de fomentar y proteger la continuidad económica de las empresas, la Ley 3/2020 establece, a favor del deudor (y, en su caso, concursado): (i) la posibilidad de presentar una propuesta de modificación del convenio de acreedores que se encuentre en fase de cumplimiento; (ii) el aplazamiento de la admisión a trámite de solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio; (iii) el aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación; (iv) la posibilidad de modificar o presentar un nuevo acuerdo de refinanciación; y (v) un régimen especial de la solicitud de declaración de concurso de acreedores.

7 Artículo 3 Ley 3/2020.

8 Para este mismo fin, el RDL 16/2020 establecía el plazo de “un año a contar desde la declaración del estado de alarma”.

9 Estas mayorías son: (i) del 50% del pasivo ordinario cuando la propuesta de convenio contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; esperas con un plazo no superior a cinco años; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo; o (ii) del 65% del pasivo ordinario, si se prevén quitas superiores al 50%, o esperas superiores a los cinco años, o conversión de deudas en préstamos participativos durante el mismo plazo (en el caso de acreedores distintos a los públicos o laborales), con base en el artículo 376 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (“TRLR”), correspondiente con el anterior artículo 124 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“LC”).

10 Artículo 3 Ley 3/2020.

(i) Posibilidad de presentar propuestas de modificación del convenio⁷

A fin de ajustar el contenido del convenio de acreedores a las dificultades económicas de los deudores para hacer frente al cumplimiento de los pagos comprometidos, derivadas de la crisis de la COVID-19, y facilitar su cumplimiento, la Ley 3/2020 concede al deudor la facultad de presentar, hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive⁸, una propuesta de modificación del convenio que se encuentre en período de cumplimiento.

A tales efectos, el deudor deberá presentar una solicitud de modificación del convenio, acompañando a la misma: (i) una relación de los créditos pendientes de pago; (ii) un plan de viabilidad; y (iii) un plan de pagos.

La propuesta de modificación se tramitará con arreglo a las normas establecidas para la aprobación del convenio originario, si bien la tramitación será escrita, cualquiera que sea el número de acreedores.

Las mayorías del pasivo exigibles para la aceptación de la propuesta de modificación serán las mismas que las exigidas para la aceptación de la propuesta del convenio originario⁹, cualquiera que sea el contenido de la modificación.

En ningún caso la modificación afectará a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario ni a los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado, a menos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación.

(ii) Aplazamiento de la admisión a trámite de solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio¹⁰

Asimismo, a fin de favorecer a las empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado, y que han visto afectada su capacidad de dar cumplimiento al convenio a causa de la crisis de la COVID-19, se da la oportunidad al deudor de presentar una propuesta de modificación del convenio, en caso de que algún acreedor presente una solicitud de declaración de incumplimiento del convenio.

A estos efectos, si hasta el 31 de octubre de 2020, inclusive¹¹, algún acreedor presenta una solicitud de declaración de incumplimiento del convenio, el Juez dará traslado de la misma al deudor, sin admitir a trámite tal solicitud, hasta que transcurran tres meses a contar desde que finalice ese plazo. Durante esos tres meses, el deudor podrá presentar una propuesta de modificación del convenio, que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento¹².

(iii) Aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación¹³

Una tercera medida destinada a ayudar a las empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado consiste en flexibilizar las exigencias de cumplimiento del convenio de acreedores –cuyo incumplimiento, en condiciones normales, daría lugar a la apertura de la fase de liquidación¹⁴– suspendiendo, hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive¹⁵, el deber del deudor de solicitar la liquidación de la masa activa cuando conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos o las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio concursal¹⁶, siempre que el deudor presente una propuesta de modificación del convenio y esta se admita a trámite dentro de dicho plazo¹⁷.

Además, durante ese mismo periodo, aunque el acreedor pruebe la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso y que darían lugar a la apertura de la liquidación, el juez no dictará auto abriendo la fase de liquidación.

(iv) Medidas relativas a los acuerdos de refinanciación¹⁸

En cuarto lugar, se establecen medidas relativas a reforzar los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. De esta forma, hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive¹⁹, el deudor que tuviere homologado un acuerdo de refinanciación podrá modificar el acuerdo que tuviera en vigor o alcanzar otro nuevo, aunque no haya transcurrido un año desde la anterior homologación²⁰, según lo dispuesto en el artículo 617 TRLC²¹.

Además, hasta el 31 de octubre de 2020 inclusive²², el juez dará traslado al deudor de cuantas solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación se presenten por los acreedores, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurra un mes a contar desde dicha fecha. Durante ese mes, el deudor podrá comunicar al juzgado que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con los

11 Se amplía el plazo originalmente previsto a estos efectos en el RDL 16/2020, en el cual se establecía el plazo de “seis meses a contar desde la declaración del estado de alarma”.

12 De acuerdo con el régimen general, la solicitud de declaración de incumplimiento de convenio podría presentarse desde que se produzca el incumplimiento y su admisión a trámite sería inmediata (artículo 403 TRLC, correspondiente con el anterior artículo 140 LC).

13 Artículo 4 Ley 3/2020.

14 Artículos 406 y ss. TRLC, correspondientes con los anteriores artículos 142 y 143 LC.

15 Para este mismo fin, el RDL 16/2020 establecía el plazo de “un año a contar desde la declaración del estado de alarma”.

16 Artículo 407 TRLC, correspondiente con el anterior artículo 142.2 LC.

17 La propuesta de modificación del convenio se tramitará en los términos previstos en la Ley 3/2020.

18 Artículo 5 Ley 3/2020.

19 Para este mismo fin, el RDL 16/2020 establecía el plazo de “un año a contar desde la declaración del estado de alarma”.

20 En virtud de lo dispuesto en el artículo 617 TRLC (correspondiente con el anterior apartado 12 de la Disposición Adicional Cuarta de la LC), una vez solicitada la homologación de un acuerdo de refinanciación por el propio deudor o por alguno de sus acreedores, no podrá solicitarse otra respecto del mismo deudor hasta que transcurra un año.

21 A estos efectos, el RDL 16/2020 establecía el plazo de "un año a contar desde la declaración del estado de alarma", para "poner en conocimiento del juzgado competente que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación". Esto implica una modificación respecto de la anterior redacción del precepto, en la medida en que ahora, dentro del plazo concedido, el deudor ya debería haber modificado el acuerdo que tuviera en vigor o haber alcanzado otro nuevo; mientras que, de acuerdo con la redacción original, bastaba con poner en conocimiento del juzgado que se habían iniciado o se pretendían iniciar negociaciones sin que ello implicara, necesariamente, haber alcanzado un acuerdo.

22 Se amplía el plazo originalmente previsto a estos efectos en el RDL 16/2020, en el cual se establecía el plazo de "seis meses a contar desde la declaración del estado de alarma".

23 De acuerdo con el régimen general, la admisión a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación es inmediata. En caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor afectado por el acuerdo podrá solicitar la declaración de incumplimiento (artículo 628 TRLC, correspondiente con el anterior apartado 11 de la Disposición Adicional Cuarta de la LC).

acreedores, para modificar el acuerdo que tuviera en vigor homologado o para alcanzar otro nuevo, concediéndose un plazo de tres meses para alcanzar el acuerdo. Si no lo hiciera en ese plazo, el juez admitirá a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores²³.

(v) Régimen especial de la solicitud de declaración de concurso de acreedores²⁴

Por otro lado, con la intención de evitar declaraciones de concurso respecto de empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado tras la superación de la crisis de la COVID-19, la Ley 3/2020 deroga el régimen previsto en el art 43 del RDL 8/2020, y acuerda la suspensión, hasta el 31 de diciembre de 2020 inclusive, del deber del deudor que se encuentre en estado de insolvencia de solicitar la declaración de concurso²⁵. Lo anterior con independencia de que haya o no comunicado al juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pago o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio²⁶.

Como consecuencia de lo anterior, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario presentadas desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2020 inclusive. Ahora bien, sí se admitirán a trámite las solicitudes de concurso voluntario presentadas durante este periodo, con preferencia frente a las solicitudes de concurso necesario, aunque las primeras fueran posteriores a la solicitud de concurso necesario.

Por último, aquellos deudores que, hasta el 31 de diciembre de 2020 inclusive²⁷, comuniquen la apertura de negociaciones con sus acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, no tendrán el deber de solicitar el concurso hasta que transcurran seis meses desde la referida comunicación, si no logran alcanzar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones

24 Artículo 6 Ley 3/2020.

25 En condiciones normales, el deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, esto es, que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (artículos 2 y 5 del TRLC, correspondientes con los anteriores artículos 2 y 5 LC).

26 Esta es la comunicación prevista en el artículo 583 y ss. TRLC, correspondiente con el anterior artículo 5 bis LC.

27 Este plazo se ha ampliado respecto del que estaba previsto en el RDL 16/2020, puesto que el mismo se refería al 30 de septiembre de 2020.

suficientes a la propuesta anticipada de convenio y se encuentran en estado de insolvencia actual. Este plazo de seis meses desde la referida comunicación para solicitar la declaración de concurso supone una excepción al régimen general²⁸, si bien, en todo lo demás relativo a la comunicación se estará al régimen general²⁹.

28 De acuerdo con el régimen general, si dentro de los tres meses a contar desde la comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones con los acreedores, el deudor no hubiera alcanzado un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones suficientes a la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, si se encontrara en estado de insolvencia actual, a menos que ya la hubiera solicitado el mediador concursal (artículo 595 TRLC, correspondiente con el anterior artículo 5bis.5 LC).

2. Medidas para potenciar e incentivar la financiación de las empresas

El segundo bloque de medidas adoptadas por la Ley 3/2020 en materia concursal tiene como finalidad potenciar e incentivar la financiación de las empresas con el fin de facilitar el crédito y su liquidez, mediante la modificación de la calificación de los créditos en determinados supuestos, según se verá a continuación.

(i) Calificación como créditos contra la masa de los créditos derivados de compromisos de financiación o de prestación de garantías a cargo de terceros³⁰

La Ley 3/2020 establece que, en caso de incumplimiento del convenio aprobado o modificado dentro de los dos años a contar desde el 14 de marzo de 2020, los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamo, créditos u otros negocios de análoga naturaleza concedidos por cualquier persona, incluidas las personas especialmente relacionadas con él³¹, tendrán la calificación de créditos contra la masa, siempre que figuraran en la propuesta de convenio o en la propuesta de modificación del ya aprobado por el juez³².

29 Además, la suspensión durante el plazo de seis meses desde la comunicación para solicitar el concurso de acreedores que se concede a aquellos deudores que presenten la comunicación ante el juzgado ha sido introducida por la Ley 3/2020, puesto que la misma no estaba prevista en el RDL 16/2020.

(ii) Calificación como créditos ordinarios de los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor por financiación y pagos a favor de éste³³

Asimismo, con el propósito de fomentar la financiación y los pagos en favor de las empresas afectadas por la crisis de la COVID-19, en los concursos de acreedores que se declaren hasta el 14 de marzo de 2022 inclusive³⁴, la Ley 3/2020 concede la calificación de créditos ordinarios³⁵ a: (i) los créditos derivados de operaciones de

30 Artículo 4.3 Ley 3/2020.

31 De acuerdo con el régimen general, los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor tienen la calificación de créditos subordinados (artículo 281.1.5º TRLC, correspondiente con el anterior artículo 92.5º LC).

34 A estos efectos, el RDL 16/2020 establecía el plazo de "dos años siguientes a la declaración del estado de alarma".

35 En condiciones normales, estos créditos tendrían la calificación de créditos subordinados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 281.1 TRLC, correspondiente con el anterior artículo 92 de la LC.

32 Para ello, deben figurar en la propuesta de convenio o en la propuesta de modificación del mismo ya aprobado por el Juez la identidad del obligado y la cuantía máxima de la financiación o de la garantía a constituir.

36 En virtud del artículo 283 TRLC, correspondiente con el anterior artículo 93.2 de la LC, se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: (i) los socios (sujetos a determinadas condiciones); (ii) los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; y (iii) las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes.

33 Artículo 7 Ley 3/2020.

financiación concedidas desde la declaración del estado de alarma por personas especialmente relacionadas con el deudor³⁶; y (ii) los créditos en que se hubieran subrogado personas especialmente relacionadas con el deudor, como consecuencia de pagos de créditos ordinarios o privilegiados realizados por cuenta del deudor, a partir de la declaración de ese estado³⁷.

3. Medidas para agilizar la tramitación de concursos de acreedores

Finalmente, se establecen una serie de normas de agilización del proceso concursal, como la tramitación preferente de determinadas actuaciones tendentes a la protección de los derechos de los trabajadores, a mantener la continuidad de la empresa y a conservar el valor de bienes y derechos, así como la simplificación de determinados actos e incidentes.

(i) Tramitación preferente³⁸

Para agilizar el procedimiento concursal, se establece la tramitación preferente de una serie de actuaciones que tengan lugar hasta el 14 de marzo de 2021, inclusive³⁹, a saber: (i) incidentes concursales en materia laboral; (ii) actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas o a la venta en globo de los elementos del activo; (iii) propuestas de convenio o de su modificación; (iv) incidentes de oposición a la aprobación judicial del convenio; (v) incidentes concursales en materia de reintegración de la masa activa; (vi) admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación o de la modificación del que estuviera vigente; (vii) adopción de medidas cautelares; (viii) el concurso consecutivo de una persona natural en insolvencia actual, que carezca de masa activa; y (ix) el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho⁴⁰.

(ii) Simplificación de actos

Adicionalmente, para agilizar el procedimiento concursal en diversas fases, se adoptan las siguientes medidas:

(a) Impugnación del inventario y de la lista de acreedores⁴¹

Hasta el 14 de marzo de 2022 inclusive, en los incidentes que se incoen para resolver las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, no será necesaria la celebración de vista, salvo que el juez del concurso resuelva otra cosa⁴².

Por otro lado, la falta de contestación a la demanda por cualquiera de los demandados se considerará allanamiento, salvo que se trate de acreedores de derecho público.

Se suprime la limitación del RDL 16/2020 de que los únicos medios de prueba admisibles en estos incidentes fueran las documentales y las periciales (de manera que, en materia probatoria se estará a las reglas generales) y se precisa que los medios de prueba de que intenten valerse las partes deberán proponerse

37 Se añade la frase de "sin perjuicio de los privilegios que les pudiera corresponder".

38 Artículo 9 Ley 3/2020.

39 A estos efectos, el RDL 16/2020 establecía el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma.

40 Estos dos últimos supuestos han sido añadidos con la redacción del precepto en la Ley 3/2020.

41 Artículo 8 Ley 3/2020.

42 De acuerdo con el régimen general, se celebrará vista en los siguientes casos: (i) cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda y exista discusión sobre los hechos o estos sean relevantes a juicio del juez y se hayan admitido medios de prueba; (ii) cuando exista prueba distinta de la documental, o la prueba aportada fuese impugnada; y (iii) cuando se hayan aportado informes periciales y las partes soliciten o el juez considere necesaria la presencia de los peritos en la vista para la ratificación de su informe (artículo 540.2 TRLC, correspondiente con el anterior artículo 194.4 LC).

necesariamente en la demanda incidental de impugnación y en las contestaciones que se presenten.

(b) Enajenación de la masa activa⁴³

Para agilizar la enajenación de la masa activa de los concursos de acreedores que se declaren hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive⁴⁴ y en los que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la Ley 3/2020⁴⁵, se establece que las subastas de bienes y derechos de la masa activa podrá realizarse bien mediante subasta, judicial o extrajudicial, bien mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de entre los previstos en el TRLC⁴⁶, y se resalta el carácter preferente de la subasta telemática.

En caso de que el Juez hubiera autorizado, en cualquier estado del concurso, la realización directa de los bienes y derechos afectos a privilegio especial o la dación en pago o para pago de dichos bienes, se estará a los términos contenidos en esa autorización⁴⁷.

(c) Aprobación del plan de liquidación⁴⁸

Con la idea de hacer más rápido el trámite de aprobación del plan de liquidación, la Ley 3/2020 establece que el letrado de la Administración de Justicia acordará de inmediato la puesta de manifiesto en la oficina del juzgado de los planes de liquidación ya presentados a la entrada en vigor de la Ley 3/2020. Una vez transcurrido el plazo legal para formular observaciones o propuestas de modificación, el letrado de la Administración lo pondrá en conocimiento del juez del concurso. Finalmente, el juez del concurso deberá dictar, de inmediato, auto de aprobación del plan de liquidación con las modificaciones que estime necesarias u oportunas⁴⁹.

(d) Agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, concurso consecutivo y beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho⁵⁰

En relación con la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, y a los efectos de iniciar concurso consecutivo, la Ley 3/2020 establece que, hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive, se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado

48 Artículo 11 Ley 3/2020.

49 De acuerdo con el régimen general, dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso (artículo 416 TRLC, correspondiente con el anterior artículo 33.1.f) 2º LC).

Artículo 12 Ley 3/2020.

43 Artículo 10 Ley 3/2020.

44 A estos efectos, el RDL 16/2020 establecía el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma.

45 El RDL 16/2020 se refería a los que se encontraran en tramitación en la fecha de declaración del estado de alarma.

46 En la redacción del RDL 16/2020, se imponía la enajenación extrajudicial de la masa activa, incluso aunque el plan de liquidación estableciera otra cosa, con la excepción de la enajenación del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas. En relación con estas últimas estaba prevista la posibilidad de realizarse mediante subasta, judicial o extrajudicial, bien mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de entre los previstos en la ley.

47 Esta medida no supone ninguna novedad en relación con el régimen general, puesto que los artículos 209 y 215 TRLC ya establecen que la enajenación de bienes y derechos de la masa activa se hará mediante subasta, judicial o extrajudicial, incluida la electrónica, salvo que el juez autorice otro modo de realización de entre los previstos en la ley.

por el deudor sin éxito, comunicando y acreditando ante el Juez que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado.

4. Medidas en materia societaria: suspensión de la causa de disolución por pérdidas⁵¹

Finalmente, se sustituye la aplicación de las normas previstas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (la “LSC”), sobre disolución de sociedades de capital y sobre declaración de concurso. Así, se establece que no se computarán las pérdidas del ejercicio 2020, a los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1.e) de la LSC.

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 LSC, la celebración de junta general para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente.

Lo anterior se entiende sin perjuicio del deber de solicitar la declaración de concurso de acuerdo con lo establecido en la Ley 3/2020.

VI. Entrada en vigor y régimen transitorio

La Ley 3/2020 entró en vigor el pasado 20 de septiembre, al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, según establece la disposición final decimotercera. Por lo que se refiere a las medidas organizativas y tecnológicas, se establece que estarán en vigor hasta el 20 de junio de 2021, inclusive, o hasta la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, según sea el caso. Para otras disposiciones, ha de estarse a lo previsto en el propio articulado de la norma, como se ha ido señalando.

En cuanto al régimen transitorio, de conformidad con la disposición transitoria primera, las normas previstas en la ley se aplicarán a todas las actuaciones procesales que se realicen a partir de su entrada en vigor, cualquiera que sea la fecha de iniciación del proceso en que aquellas se produzcan, salvo las actuaciones procesales iniciadas conforme a lo previsto en los artículos 3 a 5 del RDL 16/2020, que se regirán conforme a dichos artículos hasta su conclusión⁵².

Finalmente, se establece que las medidas organizativas y tecnológicas serán de aplicación en todo el territorio nacional hasta el 20 de junio de 2021 inclusive, con la posibilidad de que su aplicación se extienda, si, a dicha fecha, se mantuviera la situación de crisis sanitaria hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de

51 Artículo 13 Ley 3/2020.

52 Las actuaciones procesales iniciadas conforme a lo previsto en los artículos 3 a 5 del RDL 16/2020 versan fundamentalmente sobre asuntos de familia, custodia compartida, alimentos, y se decidirán a través de un procedimiento especial y sumario regulado en dichos artículos.

Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

VII. Conclusiones sobre las medidas adoptadas

Resulta un hecho indudable que la situación creada por la COVID-19 va a suponer un reto sin precedentes para nuestra Administración de Justicia y, en particular, para los órganos judiciales encargados de los concursos de acreedores. Por una parte, el estado de alarma que afectó a todo el país desde el mes de marzo de 2020 ha provocado un considerable retraso en los procedimientos de todo tipo que ya se encontraban en marcha; y, por otro, cabe esperar un gran aumento de la litigiosidad durante los próximos meses. En este contexto, la Ley 3/2020 adopta una serie de medidas organizativas y procesales, muy similares a las ya previstas en el RDL 16/2020, y que apuntan en la dirección adecuada. Sin embargo, lo que plantea dudas es que vayan a resultar suficientes.

En el ámbito organizativo, hemos de esperar para ver cómo se implementa lo previsto en la Ley 3/2020. Más allá de lo que en ella se dispone, la utilización de medios electrónicos y, en especial, la creación de nuevas unidades judiciales, requiere de una decidida voluntad política por parte del Estado y las Comunidades Autónomas. Tanto para crear unidades nuevas, como para modernizar las ya existentes, es necesaria inversión y que los recursos lleguen a la mayor brevedad posible.

Una novedad que resulta acertada es la creación de un Tablón Edictal Judicial Único en formato electrónico, que aglutine todas las comunicaciones y edictos de los tribunales. Este nuevo medio de comunicación va a permitir una mayor agilidad en la publicación y también una mayor facilidad de consulta para todos los usuarios. Lo que resulta criticable es que se demore su entrada en funcionamiento hasta el 1 de junio de 2021.

Por lo que se refiere a las disposiciones en el ámbito procesal, éstas afectan en su práctica totalidad a la materia concursal. Entre las medidas concursales, muchas de ellas son una mera moratoria para la apertura de procedimientos concursales o de liquidación. El legislador relaja los requisitos temporales para iniciar estos procedimientos, considerando que existen empresas que pueden estar en una situación de dificultad transitoria, motivada por la COVID-19, pero que tendrán capacidad para volver a cumplir con sus obligaciones por sí mismas. También se adopta alguna medida de mejora de la calificación de los créditos que se concedan ahora, con el fin de que las empresas en dificultades tengan un acceso más fácil a la financiación. Estas medidas, aunque acertadas, no parece que vayan a resultar suficientes; y tampoco se consideran los posibles efectos negativos en la situación patrimonial de las empresas que puedan derivar de que se agoten los plazos máximos que permite la Ley 3/2020.

Respecto a las medidas que pretenden agilizar la tramitación de los concursos, sucede algo similar: parecen acertadas, en términos generales, pero podrían

resultar insuficientes, en especial si no se produce un aumento del número de juzgados de lo mercantil, para hacer frente a la mayor carga de trabajo.

Finalmente, la Ley 3/2020 le da un mandato al Gobierno para que presente, en un plazo de tres meses, un estudio sobre la incorporación de la regla *rebus sic stantibus* a nuestra normativa. La necesidad de una regulación en esta materia ha quedado, una vez más, de manifiesto, ante el impacto de la pandemia en muchas relaciones contractuales, por lo que, a falta de ver qué disposiciones se proponen, solo podemos coincidir en la pertinencia del mandato del legislador.

En resumen, la Ley 3/2020 complementa disposiciones que ya se habían adoptado en el RDL 16/2020 y pretende reaccionar a lo que puede ser un serio problema de funcionamiento en la Administración de Justicia. Las medidas adoptadas resultan razonables, pero queda por ver su eficacia real y si resultarán suficientes para el incremento de litigiosidad que nos aguarda.

Adenda: Resumen de las medidas adoptadas en el ámbito concursal y societario. Cuadro comparativo de la Ley 3/2020 frente al régimen general previsto en el TRLC y en la LSC

En este último apartado, se resumen las principales medidas adoptadas por la Ley 3/2020, y se compara con el régimen general establecido en TRLC y en la LSC, en orden cronológico y en atención a las nuevas fechas y plazos establecidos por la Ley 3/2020⁵³.

Fechas a tener en cuenta	Materia	Ley 3/2020	TRLC/LSC
Hasta el 31 de octubre de 2020 inclusive	<p>Convenio de acreedores Suspensión de la admisión a trámite de solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio de acreedores / Posibilidad del deudor de presentar una propuesta de modificación del convenio. (artículo 3 Ley 3/2020)</p>	<p>Hasta el 31 de octubre de 2020 inclusive no se admitirán a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio (hasta que transcurran tres meses a contar desde que finalice ese plazo), pero se dará traslado de las mismas al deudor. Durante esos tres meses el deudor podrá presentar una propuesta de modificación del convenio, que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento.</p>	<p>De acuerdo con el régimen general, la admisión a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio es inmediata. La acción para solicitar la declaración de incumplimiento del convenio podrá ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento (artículo 403 TRLC).</p>
	<p>Acuerdos de refinanciación Suspensión de la admisión a trámite de solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación / Posibilidad del deudor de modificar el acuerdo de refinanciación que tuviera en vigor o alcanzar otro nuevo. (artículo 5 Ley 3/2020)</p>	<p>Hasta el 31 de octubre de 2020 inclusive, no se admitirán a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación (hasta que transcurra un mes a contar desde dicha fecha), pero se dará traslado de las mismas al deudor. Durante ese mes, el deudor podrá comunicar al juzgado que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor homologado o para alcanzar otro nuevo, concediéndose un plazo de tres meses para alcanzar el acuerdo. Si no lo hiciera en ese plazo, el juez admitirá a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores.</p>	<p>De acuerdo con el régimen general, la admisión a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación es inmediata. En caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor afectado por el acuerdo podrá solicitar la declaración de incumplimiento (artículo 628 TRLC).</p>

⁵³ Las medidas están organizadas en orden cronológico atendiendo a las fechas relevantes fijadas en la Ley 3/2020.

Fechas a tener en cuenta	Materia	Ley 3/2020	TRLR/LSC
Hasta el 31 de diciembre de 2020 inclusive	<p>Declaración de concurso Suspensión del deber del deudor que se encuentre en estado de insolvencia de solicitar la declaración de concurso. Suspensión de la admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario. Admisión a trámite de las solicitudes de concurso voluntario. Suspensión del deber de solicitar el concurso de acreedores en caso de insolvencia, cuando 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. (artículo 6 Ley 3/2020)</p>	<p>Hasta el 31 de diciembre de 2020 inclusive, se suspende el deber del deudor que se encuentre en estado de insolvencia de solicitar la declaración de concurso, con independencia de que haya comunicado o no al juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pago o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario presentadas desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2020 inclusive. Se admitirán a trámite las solicitudes de concurso voluntario presentadas durante este periodo, con preferencia frente a las solicitudes de concurso necesario, aunque éstas fueran posteriores a la solicitud de concurso necesario. Si hasta el 31 de diciembre de 2020 inclusive, el deudor comunica 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. No obstante, en ese supuesto, el deudor no tendrá el deber de solicitar el concurso hasta que transcurran seis meses desde la comunicación.</p>	<p>De acuerdo con el régimen general, el deudor tiene la obligación de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual, esto es, por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (artículos 2 y 5 TRLC). Si dentro de los tres meses a contar desde la comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones con los acreedores, el deudor no hubiera alcanzado un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones suficientes a la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, si se encontrara en estado de insolvencia actual, a menos que ya la hubiera solicitado el mediador concursal (artículo 595 TRLC).</p>
	<p>Disolución por pérdidas Suspensión de la causa de disolución por pérdidas a los efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución. (artículo 13 Ley 3/2020)</p>	<p>No se computarán las pérdidas del presente ejercicio 2020, a los solos efectos previstos en el artículo 363.1.e) de la LSC.</p>	<p>N/A</p>

Fechas a tener en cuenta	Materia	Ley 3/2020	TRLR/LSC
Hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive	<p>Modificación del convenio Posibilidad de presentar propuestas de modificación del convenio. (artículo 3 Ley 3/2020)</p>	<p>Hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive, el deudor tiene la facultad de presentar una propuesta de modificación del convenio de acreedores que se encuentre en período de cumplimiento. A tales efectos, el deudor deberá presentar una solicitud de modificación de convenio, acompañando a la misma: (i) una relación de los créditos pendientes de pago; (ii) un plan de viabilidad; y (iii) un plan de pagos.</p> <p>En ningún caso la modificación afectará a: (i) los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario; ni a (ii) los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado, a menos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación.</p>	N/A
	<p>Apertura de la fase de liquidación Suspensión del deber del deudor que conozca la imposibilidad de cumplir con el convenio de acreedores de solicitar la apertura de la fase de liquidación. (artículo 4 Ley 3/2020)</p>	<p>Hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive, se suspende el deber del deudor de solicitar la liquidación de la masa activa cuando conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos o las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio concursal, siempre que presente una propuesta de modificación del convenio y ésta se admita a trámite dentro de dicho plazo. Además, durante ese mismo periodo, aunque el acreedor acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso y que darían lugar a la apertura de la liquidación, el juez no dictará auto abriendo la fase de liquidación.</p>	De acuerdo con el régimen general, el deudor tiene el deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación desde que conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos en el convenio de acreedores y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del mismo (artículo 407 TRLC).
	<p>Acuerdos de refinanciación Posibilidad de modificar el acuerdo de refinanciación en vigor o alcanzar otro nuevo. (artículo 5 Ley 3/2020)</p>	<p>Hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive, el deudor que tuviere homologado un acuerdo de refinanciación podrá modificar el acuerdo que tuviera en vigor o alcanzar otro nuevo, aunque no haya transcurrido un año desde la anterior homologación, según lo dispuesto en el artículo 617 del TRLC.</p>	De acuerdo con el régimen general, una vez solicitada la homologación de un acuerdo de refinanciación por el propio deudor o por alguno de sus acreedores, no podrá solicitarse otra respecto del mismo deudor hasta que transcurra un año (artículo 617 TRLC).

Fechas a tener en cuenta	Materia	Ley 3/2020	TRLR/LSC
Hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive	<p>Tramitación preferente de ciertos asuntos (artículo 9 Ley 3/2020)</p>	<p>Se establece la tramitación preferente de una serie de actuaciones que tengan lugar hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive, a saber: (i) incidentes concursales en materia laboral; (ii) actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas o a la venta en globo de los elementos del activo; (iii) propuestas de convenio o de modificación; (iv) incidentes de oposición a la aprobación judicial del convenio; (v) incidentes concursales en materia de reintegración de la masa activa; (vi) admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación o de la modificación del que estuviera vigente; (vii) adopción de medidas cautelares; (viii) el concurso consecutivo de una persona natural en insolvencia actual, que carezca de masa activa; y (ix) el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.</p>	N/A
	<p>Simplificación de actos Enajenación de la masa activa. (artículo 10 Ley 3/2020)</p>	<p>En los concursos de acreedores que se declaren hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive, la enajenación de bienes y derechos de la masa activa podrá realizarse, bien mediante subasta, judicial o extrajudicial, bien mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez, de entre los previstos en el TRLR. Se resalta el carácter preferente de la subasta telemática.</p>	<p>De acuerdo con el régimen general, la enajenación de bienes y derechos de la masa activa se hará mediante subasta, judicial o extrajudicial, incluida la electrónica, salvo que el juez autorice otro modo de realización de entre los previstos en la ley (artículos 209 y 215 TRLR).</p>
Hasta el 14 de marzo de 2022 inclusive	<p>Calificación de créditos Calificación de créditos contra la masa de aquellos créditos derivados de compromisos de financiación o de prestación de garantías a cargo de terceros. (artículo 4.3 Ley 3/2020)</p>	<p>En caso de incumplimiento del convenio aprobado o modificado dentro de los dos años a contar desde el 14 de marzo de 2020, tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza concedidos por cualquier persona, incluidas las personas especialmente relacionadas con él, siempre que en el convenio o en la modificación constase la identidad del obligado y la cuantía máxima de la financiación a conceder o de la garantía a constituir.</p>	<p>De acuerdo con el régimen general, los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor tienen la calificación de créditos subordinados (artículo 242.14º y 281.1.5º TRLR).</p>

Fechas a tener en cuenta	Materia	Ley 3/2020	TRLR/LSC
Hasta el 14 de marzo de 2022 inclusive	<p>Calificación de créditos Calificación de créditos ordinarios para aquellos derivados de financiaciones y pagos por personas especialmente relacionadas con el deudor. (artículo 7 Ley 3/2020)</p>	<p>En los concursos de acreedores que se declaren hasta el 14 de marzo de 2022 inclusive tendrán la consideración de créditos ordinarios: (i) los créditos derivados de operaciones de financiación concedidas desde la declaración del estado de alarma por personas especialmente relacionadas con el deudor; y (ii) los créditos en que se hubieran subrogado personas especialmente relacionadas con el deudor, como consecuencia de pagos de créditos ordinarios o privilegiados realizados por cuenta del deudor, a partir de la declaración de ese estado.</p>	<p>De acuerdo con el régimen general, los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor tienen la calificación de créditos subordinados (artículo 281.1.5º TRLC).</p> <p>Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: (i) los socios (sujetos a determinadas condiciones); (ii) los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; y (iii) las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes (artículo 283 TRLC).</p>
	<p>Simplificación de actos Vistas opcionales para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores. (artículo 8 Ley 3/2020)</p>	<p>Hasta el 14 de marzo de 2022 inclusive, en los incidentes que se incoen para resolver las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, no será necesaria la celebración de vista, salvo que el juez del concurso resuelva otra cosa.</p> <p>Además, la falta de contestación a la demanda por cualquiera de los demandados se considerará allanamiento, salvo que se trate de acreedores de derecho público.</p> <p>Los medios de prueba de que intenten valerse las partes deberán acompañar necesariamente a la demanda incidental de impugnación y a las contestaciones que se presenten.</p>	<p>De acuerdo con el régimen general, se celebrará vista siguientes casos: (i) cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda y exista discusión sobre los hechos o estos sean relevantes a juicio del juez y se hayan admitido medios de prueba; (ii) cuando exista prueba distinta de la documental, o la prueba aportada fuese impugnada; y (iii) cuando se hayan aportado informes periciales y las partes soliciten o el juez considere necesaria la presencia de los peritos en la vista para la ratificación de su informe (artículo 540.2 TRLC).</p>
	<p>Simplificación de actos Aprobación del plan de liquidación. (artículo 11 Ley 3/2020)</p>	<p>El letrado de la Administración de Justicia acordará de inmediato la puesta de manifiesto en la oficina del juzgado de los planes de liquidación ya presentados por la administración concursal a la entrada en vigor de la Ley 3/2020. Una vez transcurrido el plazo legal para formular observaciones o propuestas de modificación, lo pondrá en conocimiento del juez del concurso quien deberá dictar auto de inmediato, en el que, según estime conveniente para el interés del concurso, aprobará el plan de liquidación con las modificaciones que estime necesarias u oportunas.</p>	<p>De acuerdo con el régimen general, dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso (artículo 416 TRLC).</p>

Adenda

Con posterioridad al cierre de este artículo, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria (el “**RDL 34/2020**”), que introduce algunas novedades en materia de plazos de protección que se otorgan a los deudores.

En particular, las modificaciones más relevantes son las siguientes:

1. Plazos de obligación de presentación de concurso y admisión a trámite de concursos necesarios

La exención de la obligación de presentar concurso y la paralización de admisión a trámite de concursos necesarios se extiende hasta el 14 de marzo de 2021.

2. En cuanto a la modificación de convenios

Se prevé la siguiente casuística:

Fecha solicitud de declaración de incumplimiento	Plazo para presentar la propuesta de modificación
Hasta 30 de octubre 2020	El concursado tiene hasta el 31 de enero de 2021 para presentar la propuesta de modificación del convenio.
Entre 31 de octubre de 2020 y 19 de noviembre de 2020 (admitida a trámite)	El procedimiento ha de suspenderse durante un plazo de tres meses, durante el cual el deudor puede presentar la propuesta de modificación, en cuyo caso se archiva la solicitud de declaración de incumplimiento.
Entre 31 de octubre de 2020 y 31 de enero de 2021 (no admitida a trámite)	El concursado contará hasta el 30 de abril de 2021 para presentar la propuesta de modificación del convenio.

En estos supuestos, las propuestas de modificación se tramitan con prioridad con respecto de la solicitud de declaración de incumplimiento.

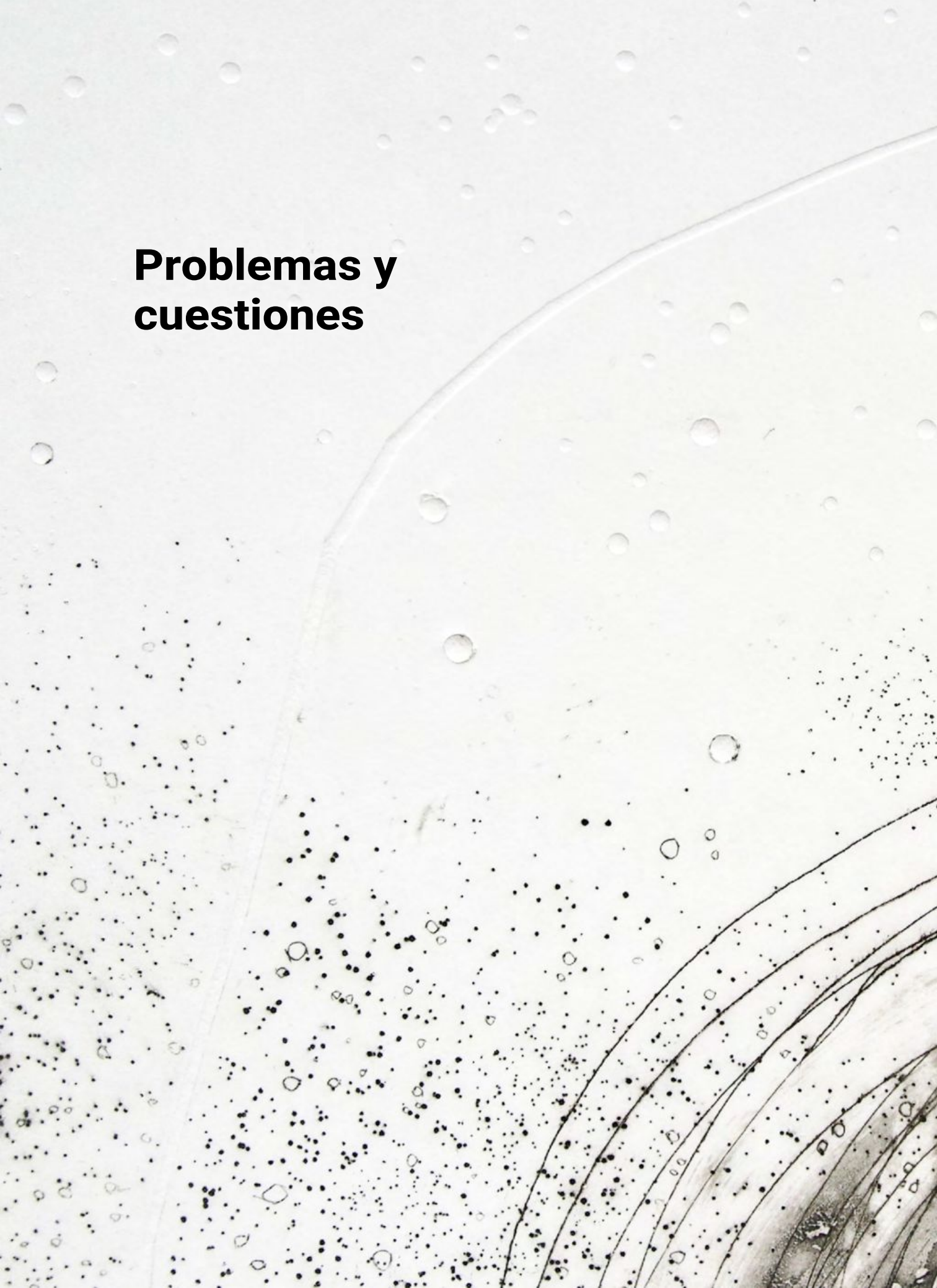
3. En cuanto a la modificación de los acuerdos de refinanciación

Se prevé la siguiente casuística:

Fecha solicitud de declaración de incumplimiento	Plazo para presentar la propuesta de modificación
Hasta 30 de octubre 2020	El deudor cuenta hasta el 30 de noviembre de 2020 para comunicar al Juzgado la intención de modificar el acuerdo y con tres meses adicionales desde la fecha de la comunicación para alcanzarlo
Entre 31 de octubre de 2020 y 31 de enero de 2021	El deudor cuenta hasta el 28 de febrero de 2021 para comunicar al Juzgado la intención de modificar el acuerdo y con tres meses adicionales desde la fecha de la comunicación para alcanzarlo

Se puede consultar una versión actualizada de este artículo [aquí](#).

Problemas y cuestiones





Análisis del artículo 7bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales

Rafael Díaz Yeregui
Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL

Javier Gómez de Miguel
Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL

I. Introducción	102
II. Inversión extranjera	103
1. Concepto	103
1.1. Cuestiones generales	103
1.2. Participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española	103
2. Participación efectiva en la gestión o control de la sociedad española	104
3. Residencia del inversor	106
4. Operaciones exentas por razón de su importe	108
III. Sectores afectados	108
1. Cuestiones generales	109
2. Infraestructuras críticas	110
3. Tecnologías críticas y productos de doble uso	110
4. Suministro de insumos fundamentales	111
5. Acceso a información sensible	111
6. Medios de comunicación	112
IV. Tipología de inversores afectados	112
1. Cuestiones generales	112
2. Inversor extranjero controlado por un gobierno de un tercer país	113
3. Inversor extranjero que con participación o inversiones en sectores que afecten a la seguridad, orden público y salud pública	113
4. Inversor extranjero contra el que se haya abierto un procedimiento administrativo o judicial	114
V. Otros sectores	115
VI. Procedimiento de autorización	115
1. Procedimiento	116
2. Validez y efectos jurídicos	117
VII. Conclusión	117



Resumen: En este artículo se analiza de manera sistemática el contenido del artículo 7bis de la Ley 19/2003, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, introducido en los primeros días tras la declaración del estado de alarma en España, tratando de exponer de forma breve y concisa las principales dudas interpretativas que se han ido planteando desde su entrada en vigor, y, en algunos casos, incluyendo interpretaciones que, a nuestro juicio, puedan ser razonables.

Abstract: In this note, we analyse in a systematic way, the content of the article 7bis on the legal regime of capital movements and economic transactions abroad and on certain measures to prevent money laundering, applicable from the first days of the declaration of the state of alarm in Spain, and it tries to explain in a brief and concise fashion the main interpretation doubts that have been outlined since its entry into force, and, in some cases, including interpretation's that, in our opinion, could be deemed as reasonable.



Palabras clave: Artículo 7bis, inversiones extranjeras, restricciones, suspensión de liberalización.

Keywords: Article 7bis, foreign investments, restrictions, suspension of liberalization.

Análisis del artículo 7bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.– Dudas interpretativas

I. Introducción

Con anterioridad a la declaración del estado de alarma en fecha 14 de marzo de 2020, y a la aprobación del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (el “**RDL 8/2020**”), el régimen de inversiones extranjeras en España, con carácter general, estaba liberalizado.

A este respecto, la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (la “**Ley 19/2003**”) establecía un régimen general de liberalización.

Por su parte, el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, únicamente preveía la suspensión del régimen general de inversiones extranjeras en España en actividades directamente relacionadas con la defensa nacional.

A nivel europeo, ya en 2019 se aprobó el Reglamento (UE) 2019/452, del Parlamento Europeo y del Consejo, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (el “**Reglamento 2019/452**”), cuya fecha de aplicación se fijó para el 11 de octubre de 2020.

A diferencia de lo que sucedía con los principales socios comerciales de la Unión Europea, hasta ese momento no existía ningún marco global a escala de la Unión para el control de la inversión extranjera directa por motivos de seguridad o de orden público.

Por ello, se trabajó en un marco para el control de las inversiones extranjeras directas y para la cooperación, que ofreciera a los Estados miembros y a la Comisión los medios para hacer frente a los riesgos para la seguridad o el orden público de una manera global.

A raíz de la declaración del estado de alarma como consecuencia de la pandemia de la COVID-19, y sin haber entrado en vigor en ese momento el Reglamento (UE) 2019/452, del Parlamento Europeo y del Consejo, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, se introdujo el artículo 7bis a la Ley 19/2003, a través del RDL 8/2020, suspendiéndose el régimen de liberalización de inversiones extranjeras.

Previsiblemente, debido a la urgencia, el artículo 7bis se redactó en términos muy similares a los contenidos en el Reglamento 2019/452. Por tanto, este artículo no cuenta con un grado de desarrollo adecuado, sin perjuicio de que se esté trabajando en un desarrollo reglamentario de la norma.

A continuación, analizaremos cada uno de los apartados del artículo 7bis de la Ley 19/2003, exponiendo los problemas de interpretación que, a nuestro juicio, se han suscitado y que, a falta de la normativa de desarrollo que se espera próximamente, no han quedado resueltos. Además, también expondremos algunas posibles interpretaciones razonables de las diferentes cuestiones.

II. Inversión extranjera

1. Concepto

1.1. Cuestiones generales

El apartado 1 del artículo 7bis define qué debe entenderse como “inversión extranjera directa” a los efectos de la norma:

“1. A efectos de lo establecido en este artículo se consideran inversiones extranjeras directas en España todas aquellas inversiones como consecuencia de las cuales el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española, o cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se participe de forma efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad [...]”

Esta definición será de aplicación al resto del artículo 7bis siempre que se refiera a “inversión extranjera directa”, por lo que servirá para interpretar tanto el apartado 2 del artículo 7bis, que se refiere a los sectores afectados por las restricciones a la inversión extranjera (ámbito subjetivo), como el apartado 3, que se refiere a determinado tipo de inversores afectadas por las restricciones, independientemente del sector en el que inviertan (ámbito objetivo), como veremos más abajo.

1.2. Participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española

La primera duda que plantea esta definición es si el artículo 7bis únicamente aplica a inversiones en sociedades o también en activos, unidades productivas o negocios. En principio, la interpretación literal de la norma lleva a concluir que únicamente se refiere a sociedades y no a activos, aunque existen indicios a lo largo del artículo 7bis que ponen en cuestión dicha literalidad, como, por ejemplo, la referencia que se hace a terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el

uso de infraestructuras críticas en el apartado 2 a). Más allá de estos supuestos concretos, parece razonable entender que, para que una compra de activos quede sujeta a esta regulación, al menos sería necesario que constituyeran unidades productivas o económicas autónomas.

La adquisición de una participación igual superior al 10 por 100 del capital social de una sociedad española (siempre que entre dentro de algunos de los supuestos de aplicación objetiva o subjetiva) por parte de un inversor que previamente no tuviera un porcentaje del capital social de la sociedad en cuestión igual o superior al 10 por 100 en el momento de entrada en vigor del artículo 7bis requerirá, por tanto, de autorización previa. En efecto, parece que la literalidad de la norma se refiere únicamente al capital social a la hora de determinar el umbral a partir del cual es necesario obtener autorización administrativa previa.

Sin embargo, surge la duda de si la referencia correcta en este aspecto no debería ser también la inclusión de los derechos de voto. Esta conclusión se infiere del hecho de que la norma pretende que los inversores extranjeros no controlen o influyan en la gestión de la sociedad española, y este control o influencia en la gestión se consigue realmente a través de los derechos de voto (y, por tanto, de la influencia en la toma de decisiones que afecten a la sociedad), y no a través de la participación económica en el capital social. En cualquier caso, lo cierto es que en la gran mayoría de las sociedades españolas los derechos de voto coinciden con el capital social, por lo que esta duda solo se planteará en supuestos concretos.

Más dudas plantean aquellas operaciones en las que el inversor ya tenga un porcentaje igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española en cuestión en el momento de entrada en vigor del artículo 7bis de la Ley 19/2003. La interpretación razonable parece ser que, una vez alcanzado el citado 10 por 100 del capital social, cualquier incremento de participación, por pequeño que sea, no requerirá de autorización administrativa previa, salvo que dicha inversión adicional o sucesiva implique algún cambio en la capacidad del inversor extranjero de participar de forma efectiva en la gestión o control de la sociedad.

Otras interpretaciones que podrían hacerse de la norma, aunque en nuestra opinión resultan menos fundamentadas, serían, por ejemplo, que una vez alcanzado el 10 por 100 del capital social, cualquier operación por encima de ese umbral quedaría fuera del ámbito de aplicación de la norma, o que solo se debe solicitar la autorización previa cuando se vayan a traspasar porcentajes de participación en el capital social que sean múltiplos de 10¹.

¹ En Italia se ha optado por un sistema similar al de adquisición de participaciones significativas de entidades de crédito, por lo que la autorización se requiere cuando se superan determinados umbrales fijados en la norma.

2. Participación efectiva en la gestión o control de la sociedad española

El apartado 1 del artículo 7bis de la Ley 19/2003 menciona este aspecto al indicar:

“[...] o cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se participe de forma efectiva en la gestión o control de dicha sociedad [...]”

Como punto de partida, es importante señalar que esta mención viene precedida de un “o”. Por tanto, no parece controvertido concluir que se trata de un supuesto alternativo y no cumulativo al supuesto de la adquisición de una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad en cuestión.

La referencia a “operación societaria, acto o negocio jurídico” es muy amplia. Por ello, la interpretación más razonable es que, con la misma, la norma pretende capturar cualquier situación susceptible de provocar cambios en la gestión o control de la sociedad en cuestión.

Respecto a la referencia a participar “de forma efectiva en la gestión o control”, surgen determinadas dudas de interpretación:

- En primer lugar, parece claro que el nombramiento de miembros del órgano de administración a propuesta del inversor extranjero entraría dentro del concepto de participar en la gestión de la sociedad. Sin embargo, no queda tan claro sí el hecho de nombrar un número de miembros del órgano de administración a propuesta del inversor extranjero que por sí mismos no constituyan la mayoría necesaria para adoptar acuerdos pueda entenderse como una participación “de forma efectiva en la gestión”. Lo mismo sucedería, en nuestra opinión, con el nombramiento de directivos que no fueran miembros del órgano de administración.

La interpretación prudente de la norma nos lleva a considerar que el nombramiento de cualquier miembro del órgano de administración a propuesta un inversor extranjero, independientemente de su capacidad de voto o de veto en dicho órgano de administración, supone una participación efectiva en la gestión de la sociedad. Una interpretación menos estricta nos llevaría a considerar que solo aquellos nombramientos de administradores a propuesta de un inversor extranjero que constituyan mayoría del órgano de administración, o que tengan capacidad de control negativo vía derechos de veto, requerirían de autorización administrativa previa.

Las dudas se extienden también a supuestos de control negativo, en los que los miembros del órgano de administración nombrados a propuesta del inversor extranjero no constituyan mayoría, pero si tengan derecho de veto en determinadas cuestiones. Del mismo modo, tampoco queda claro, si el nombramiento de miembros del órgano de administración a propuesta del inversor extranjero que no ejerzan control, ni positivo ni negativo, se debe considerar como una participación efectiva en la gestión.

- En segundo lugar, también existe la posibilidad de participar de forma efectiva en la gestión o control por vía contractual. El caso típico sería la firma de un contrato entre socios en el que se le concedan al inversor extranjero -pese a no alcanzar el 10 por 100 del capital social- ciertos derechos relacionados con la gestión o control de la sociedad (y no necesariamente mediante el nombramiento de miembros del órgano de administración, como podría ser, por ejemplo, una sindicación de voto en junta).

A este respecto, la interpretación razonable parece ser que, cuando se le concedan al inversor extranjero derechos relacionados con la gestión o control de la sociedad en cuestión –aunque no pasen por nombrar administradores–, la eficacia de dichos contratos debiera estar sujeta a autorización administrativa previa.

- En tercer lugar, cabe dilucidar si deben quedar incluidas dentro del ámbito de aplicación de la norma las operaciones intragrupo, en las que el titular o los titulares últimos de la inversión siguen siendo el mismo o los mismos que lo eran antes de la entrada en vigor del artículo 7bis, y además en los mismos porcentajes, de tal modo que simplemente se produce una reorganización societaria interna.

La interpretación más razonable parece que debiera ser que este tipo de operaciones deberían quedar fuera de las restricciones impuestas por la norma y deberían poder llevarse a cabo sin autorización, ya que la titularidad real del inversor extranjero no ha cambiado. Sería un supuesto de alguna manera análogo a aquellos inversores extranjeros que, a la fecha de entrada en vigor del artículo 7bis, ya contaban con una participación superior al 10 por 100 en alguna sociedad parte de un sector de los definidos como estratégicos.

3. Residencia del inversor

El apartado 1 del artículo 7bis de la Ley 19/2003 introduce también la cuestión de la residencia del inversor en su redacción:

"[...] siempre que concurra una de estas circunstancias: a) que se realicen por residentes de países de fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio; b) que se realicen por residentes de países de la Unión Europea o de la Asociación Europea de Libre Comercio cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio. Se entenderá que existe esa titularidad real cuando estos últimos posean o controlen en último término, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto del inversor, o cuando por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, del inversor".

El primer punto a analizar es qué debe tenerse en cuenta para determinar la residencia de un inversor. No parece controvertido considerar que el domicilio (social o personal, según sea de aplicación) debe ser el criterio que marque la residencia de tal inversor.

El segundo punto que merece comentario es el relativo a las operaciones de inversión indirectas. Así, entendemos que, en el supuesto de que un inversor extranjero que realice una inversión en una empresa de la Unión Europea no española, que a su vez tenga una participación en una sociedad española, lo que se habrá de tener en cuenta para determinar si el artículo 7bis resulta de aplicación será la participación indirecta del titular real extranjero del inversor en la sociedad española. De este modo, si esa participación indirecta es superior al 25 por ciento del capital o derechos de voto de la sociedad española, la operación requerirá autorización. Si, por el contrario, tal participación indirecta es igual o inferior al 25 por ciento del capital o derechos voto de la sociedad española, la operación no requerirá autorización.

En este punto, la norma no aclara si el 25 por ciento de capital o derechos de voto en manos de inversores extranjeros debe computarse de manera individual o agregada. Ninguna de las soluciones parece perfecta ya que, por un lado, si se estableciera que el cómputo debe hacerse de manera individual (es decir, solo aplicaría en el caso de que hubiera algún titular real extranjero con una participación superior al 25 por ciento de capital social o derechos de voto), nos encontraríamos con una situación en la que, por ejemplo, una sociedad europea cuyos accionistas indirectos son cinco inversores de nacionalidad china cada uno con un 20 por ciento del capital social no se entendería como inversor extranjero. En cambio, y por otro lado, si el cómputo se hiciera de manera agregada (es decir, solo aplicaría en el caso de que haya más de un 25 por ciento del capital social o derechos de voto en manos de inversores no europeos), nos llevaría al supuesto en el que, por ejemplo, una sociedad española, con un 70 por ciento de su capital social en manos de accionistas españoles y un 30 por ciento en manos de accionistas no europeos, sería considerada inversor extranjero a estos efectos. Dicho todo lo anterior, parece que la interpretación más razonable, por conservadora, sería considerar el agregado sobre el individual, pero no es un tema que quede demasiado claro. Si la norma se hubiera referido, por ejemplo, a control (en los términos del artículo 42 del Código de Comercio), directo o indirecto, en manos de inversores no europeos, las dudas serían menores.

En tercer lugar, es necesario analizar qué debe examinarse en un supuesto de adquisición por la típica estructura de los fondos de capital riesgo, en la que existen inversores financieros (*limited partners*) que son los que realizan las aportaciones económicas para llevar a cabo las operaciones, y unos gestores o sociedad gestora (*general partner*) que toman las decisiones relativas tanto a la inversión de esas aportaciones como a la vida de la inversión en la sociedad en cuestión. Pues bien, entendemos que, cuando se esté ante una de estas estructuras, el análisis sobre la residencia del inversor a efectos del artículo 7bis deberá hacerse en relación con gestora y no con los inversores financieros. Es decir, habrá que

determinar si la gestora, o su titular real, son extranjeros para confirmar si es necesario contar con autorización previa o no, siendo irrelevante la nacionalidad de los inversores financieros cuyo rol es pasivo, en la medida en que para ellos se trata únicamente de inversiones de cartera.

En último lugar, parece que no existen dudas de que, a los efectos de este artículo, debe considerarse al Reino Unido como miembro de la Unión Europea, al menos hasta el 31 de diciembre de 2020, momento en el que finalizará el periodo transitorio del acuerdo de retirada de la UE. Lo que no queda nada claro es qué ocurrirá con operaciones en las que participen inversores del Reino Unido acordadas antes del 31 de diciembre de 2020 y con cierre previsto ya en 2021.

4. Operaciones exentas por razón de su importe

El artículo 7bis de la Ley 19/2003 introduce al final de su apartado 1 la posibilidad del establecimiento de determinadas exenciones por razón de su importe:

“Podrá establecerse reglamentariamente el importe por debajo del cual las operaciones de inversión directa extranjera quedarán exentas de someterse al régimen de autorización previa”.

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 (el “**RDL 11/2020**”) señala que, de manera transitoria y hasta que otro importe mínimo quede establecido reglamentariamente, quedarán exentas de la obligación de autorización previa las operaciones de inversión extranjera directa cuyo importe sea inferior a 1 millón de euros.

Asimismo, y hasta la aprobación de la normativa de desarrollo que regule con mayor detalle el contenido de artículo 7bis, el RDL 11/2020 establece que, de forma transitoria, las solicitudes de autorización administrativa previa de las operaciones de inversión extranjera directa que se describen a continuación se registrarán por un procedimiento simplificado: (i) operaciones respecto de las cuales se acredite la existencia de un acuerdo entre las partes o una oferta vinculante en la que el precio hubiera sido fijado, determinado o determinable, con anterioridad al 18 de marzo de 2020 (fecha de entrada en vigor del RDL 8/2020); y (ii) operaciones cuyo importe esté entre 1 y 5 millones de euros.

III. Sectores afectados

Una vez definido qué debe entenderse por “inversión extranjera directa”, el apartado 2 del artículo 7bis de la Ley 19/2003 regula aquellos sectores en los que el régimen de liberalización queda suspendido (y, por tanto, aquellos sectores en los que sería necesario contar con autorización administrativa previa a la hora de llevar a cabo una inversión extranjera directa):

“2. Queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España, que se realicen en los sectores que se citan a continuación y que afectan al orden público, la seguridad pública y a la salud pública. En concreto, los sectores son los siguientes:

- a)** Infraestructuras críticas, ya sean físicas o virtuales (incluidas las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera, y las instalaciones sensibles), así como terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el uso de dichas infraestructuras, entendiéndose por tales, las contempladas en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas.
- b)** Tecnologías críticas y productos de doble uso tal como se definen en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (CE) número 428/2009 del Consejo, incluidas la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías.
- c)** Suministro de insumos fundamentales, en particular energía, entendiéndose por tales los que son objeto de regulación en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y en la ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos, o los referidos a materias primas, así como a la seguridad alimentaria.
- d)** Sectores con acceso a información sensible, en particular a datos personales, o con capacidad de control de dicha información, de acuerdo con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
- e)** Medios de comunicación”.

1. Cuestiones generales

No parece que quepa duda de que el apartado 2 del artículo 7bis debe entenderse como un listado de sectores cerrado. Es decir, solo los sectores que se indican a continuación, enumerados de la a) a la e) estarían capturados por la norma. La referencia genérica que se hace a orden público, seguridad pública y salud pública debe entenderse como elementos comunes a los que afectan los sectores enumerados, y no como una consideración general de que cualquier sector que pueda afectar al orden público, seguridad pública y salud pública (pero no incluido expresamente en la norma) deba quedar incluido en el ámbito de aplicación de la norma.

2. Infraestructuras críticas

Atendiendo a la redacción de la norma, es bastante claro que únicamente aquellas infraestructuras críticas contempladas en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas (y que, por tanto, han sido incluidas en el Catálogo Nacional de Infraestructuras Críticas y sus titulares informados de tal circunstancia) quedan comprendidas en el alcance objetivo de la norma.

El Catálogo Nacional de Infraestructuras Críticas tiene carácter reservado, por lo que únicamente el titular de la infraestructura crítica conocerá si la infraestructura de la que es titular, ha sido calificada como tal.

Cabe destacar que a diferencia de lo que sucedería en el resto de sectores, en el caso de las infraestructuras críticas sí es claro que los *asset deals* también quedan comprendidos dentro del alcance de la norma.

3. Tecnologías críticas y productos de doble uso

Respecto de la tecnología crítica, no hay una definición clara ni dicho concepto está regulado de forma expresa. La norma se limita a recoger un listado abierto que incluye la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías.

La ausencia de una definición clara lleva a que, en la práctica, sea habitual consultar con la Subdirección General de Inversiones Exteriores aquellos supuestos en los que no es claro si nos encontramos ante una tecnología crítica.

Respecto de los productos de doble uso se hace una referencia al Reglamento 428/2009², donde se definen los productos de doble uso como los productos, incluido el software y la tecnología, que puedan destinarse a usos tanto civiles como militares, incluyendo todos los productos que puedan ser utilizados tanto para usos no explosivos como para ayudar a la fabricación de armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos. El Reglamento 428/2009 contiene un listado detallado de productos que se consideran de doble uso.

Las empresas que se dediquen a la exportación de productos de doble uso tienen la obligación de estar inscritas en un registro especial de operadores de comercio exterior, lo que puede servir como indicador para saber si el target de la inversión opera en el sector.

² Reglamento (CE) 428/2009 del Consejo, de 5 de mayo de 2009, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso.

4. Suministro de insumos fundamentales

El precepto se refiere de forma específica a la energía (remitiéndose a la normativa del sector eléctrico y del sector de hidrocarburos), a las materias primas, y a la seguridad alimentaria.

Teniendo en cuenta que, al referirse al suministro de energía, el artículo 7bis de la Ley 19/2003 se remite a una normativa que regula tanto la producción como el transporte, la distribución y el almacenamiento, se suscitan dudas acerca de cuál debe ser el alcance concreto. Por ejemplo, se plantea la duda de si alcanza a proyectos *greenfield*, que tienen por objeto un activo en desarrollo que se encuentra en un estado embrionario. Entendemos que, aunque no existe un criterio uniforme al respecto, el insumo eléctrico, la electricidad, solo puede producirse por una instalación de generación de energía eléctrica en funcionamiento.

La entrada en operación de una instalación de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, además de disponer de los permisos de acceso y conexión a la red de transporte o distribución, exige obtener (i) autorización administrativa previa; (ii) autorización administrativa de construcción; y (iii) autorización de explotación. Adicionalmente, la instalación deberá inscribirse en el correspondiente registro administrativo.

Por tanto, un proyecto en desarrollo, que no puede producir ni verter energía a la red hasta que esté totalmente construido y cuente con todos los permisos, autorizaciones y licencias necesarios, no debe razonablemente considerarse que participe en el “suministro de insumos fundamentales”.

5. Acceso a información sensible

Este punto afectaría a empresas que traten información (incluyendo aquella que pueda calificarse de carácter personal) que pudiese afectar al orden público, a la salud pública y a la seguridad pública, sin que se prevea una lista cerrada respecto a la información que se ve afectada por esta norma. Así, esta limitación operaría para, entre otras, empresas que tengan acceso a historiales clínicos (e.g. empresas que presten servicios sanitarios o empresas que presten servicios a las mismas y tengan acceso a estos datos), empresas que tengan acceso a datos personales que puedan afectar al derecho a la intimidad de los individuos (e.g. empresas de seguridad, de *internet of things*, etc.) o empresas del sector del *big data*.

Consideramos que, para que una inversión pueda considerarse en este supuesto, deberían darse en la misma los siguientes elementos, de forma acumulativa: (i) que se trate de empresas españolas, (ii) que trate información sensible (no existe una definición legal de “información sensible”, por lo que habría que analizarlo en cada caso concreto), incluyendo datos personales (de nuevo, no hay “datos personales sensibles”, pero sí “de categorías especiales”, que son los de salud, religión, etc.); y (iii) que afecte a la salud pública, al orden público o a la seguridad pública.

6. Medios de comunicación

Aunque, nuevamente, no hay una definición de lo que debe entenderse por medio de comunicación ni una remisión a una norma concreta, no cabe duda de que incluye prensa, radio, televisión.

Ahora bien, se suscitan dudas sobre si debe alcanzar a otros medios de comunicación, como es el caso del cine. Atendiendo a la redacción literal, y atendiendo al proceso de elaboración de la norma, que ha venido inspirado por la normativa europea, debe realizarse una interpretación amplia, por lo que es razonable entender que el cine estaría comprendido en el alcance de la norma.

IV. Tipología de inversores afectados

El apartado 3 del artículo 7bis de la Ley 19/2003 introduce la necesidad de autorización previa para inversiones realizadas por determinados inversores:

“3. Asimismo, queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en los siguientes supuestos:

- a) si el inversor extranjero está controlado directa o indirectamente por el gobierno, incluidos los organismos públicos o las fuerzas armadas, de un tercer país, aplicándose a efectos de determinar la existencia del referido control los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio.
- b) si el inversor extranjero ha realizado inversiones o participado en actividades en los sectores que afecten a la seguridad, al orden público y a la salud pública en otro Estado miembro, y especialmente los relacionados en el apartado 2 de este artículo.
- c) si se ha abierto un procedimiento, administrativo o judicial, contra el inversor extranjero en otro Estado miembro o en el Estado de origen o en un tercer Estado por ejercer actividades delictivas o ilegales”.

1. Cuestiones generales

La principal duda que surge a la hora de interpretar el apartado 3 del artículo 7bis es si esta enumeración de carácter subjetivo sobre el inversor extranjero debe quedar también bajo el paraguas de la definición de inversión extranjera directa del apartado 1. La interpretación más razonable, y que además ha sido confirmada de manera informal y no vinculante por parte de la Subdirección General de Inversiones Exteriores, es que la definición de inversión extranjera directa del apartado 1 sí debe entenderse de aplicación al apartado 3.

Por tanto, en virtud de este apartado, solo quedarán sujetas a la obligación de obtener autorización administrativa previa aquellas inversiones en las que, como consecuencia de las mismas (i) el inversor que cumpla con alguna de las categorías enumeradas en el apartado 3 pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española; o (ii) cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se participe de forma efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad. Es decir, en este punto no es relevante el sector en el que se produzca la inversión extranjera directa (ámbito objetivo, regulado por el apartado 2), sino la naturaleza del inversor extranjero que lleva a cabo la inversión extranjera directa (ámbito objetivo, regulado por este apartado 3).

2. Inversor extranjero controlado por un gobierno de un tercer país

La referencia a tercer país que hace la sección a) de este apartado 3 debe entenderse realizada a un país que no sea miembro de la Unión Europea o de la Asociación Europea de Libre Comercio, aunque no lo mencione expresamente.

La referencia a qué debe entenderse por “control” es el artículo 42 del Código de Comercio³.

3. Inversor extranjero con participación o inversiones en sectores que afecten a la seguridad, orden público y salud pública

A diferencia de la redacción del apartado 2 del artículo 7bis, donde queda claro que los sectores considerados críticos son solo aquellos enumerados en las letras a) a e), aquí la redacción no es tan clara al incluir dentro del supuesto haber realizado inversiones o participado en actividades “en los sectores que afecten a la seguridad,

³ “[...] En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona. [...]”

al orden público y a la salud pública en otro Estado miembro, y especialmente los relacionados en el apartado 2 de este artículo”.

Por tanto, de una interpretación literal se desprendería que un inversor extranjero que haya realizado una inversión extranjera directa en cualquier país de la Unión Europea -diferente de España- en cualquier sector que afecte a la seguridad (sin especificar que se refiere a “seguridad pública”), orden público y salud pública, quedaría afectado por la prohibición para estos inversores extranjeros de realizar inversiones extranjeras directas en España. En consecuencia, parece que aquí el legislador ha querido imponer un test mucho más estricto que el puramente subjetivo del apartado 2. La interpretación más prudente de este precepto es para nosotros que, desde el momento en que un inversor extranjero haya realizado una inversión extranjera directa en cualquier sector que afecte a la seguridad, orden público o salud pública en un país miembro de la Unión Europea distinto de España, necesitará una autorización previa para llevar a cabo cualquier inversión extranjera directa en España, independientemente del sector de que se trate. Sin embargo, una interpretación más razonable podría ser que este precepto únicamente sería de aplicación cuando el inversor extranjero hubiera afectado de forma efectiva y negativa a la seguridad, orden público y salud pública en algún Estado miembro (y, por mayor seguridad jurídica, así lo hubiera declarado de manera expresa la autoridad competente del Estado miembro afectado).

4. Inversor extranjero contra el que se haya abierto un procedimiento administrativo o judicial

Como punto preliminar, resulta conveniente mencionar que la norma habla de procedimientos iniciados “en otro Estado miembro o en el Estado de origen o en un tercer Estado”. Una interpretación estricta y literal llevaría a concluir que España no quedaría capturada por esta definición. Sin embargo, no parece que tenga sentido que un inversor extranjero contra el que se haya abierto un procedimiento, por ejemplo, en Francia no pueda invertir en España, mientras que, si el procedimiento se ha abierto en España, sí pueda. Por tanto, la interpretación más razonable sería considerar que España debería quedar incluida dentro de la definición y, de alguna manera, obviar el término “otro” que precede a “Estado miembro”.

Superado el punto preliminar, la siguiente duda que se plantea con la redacción de este precepto es qué debe entenderse por la apertura de un procedimiento administrativo o judicial por ejercer actividades delictivas o ilegales. Así, desde un punto de vista administrativo la apertura sería la mera incoación del procedimiento sancionador, mientras que, desde un punto de vista penal, entendemos que se debería considerar que el procedimiento judicial comienza cuando la persona física o jurídica en cuestión es calificada como “investigada” mientras el proceso se encuentra en fase de instrucción. Una interpretación mucho más estricta sería que el procedimiento ha comenzado cuando la querrela correspondiente es admitida a trámite por los tribunales, independientemente de que el inversor haya sido calificado como investigado. En relación con procedimientos iniciados y cerrados sin ningún tipo de

sanción, consideramos que estos procedimientos no afectan per se a la capacidad del inversor extranjero de realizar inversiones extranjeras directas en España.

Otra duda que se plantea es si solo es necesario comprobar si se ha iniciado un procedimiento administrativo o judicial contra el inversor, o si también debe hacerse la comprobación respecto de su titular real. Una interpretación prudente nos lleva a afirmar la necesidad de realizar ambas comprobaciones, dada la aclaración incluida en el apartado 1, al regular qué debe entenderse por titularidad real de los inversores residentes en la Unión Europea o Asociación Europea de Libre Comercio pero participados por extranjeros.

Asimismo, sería necesario determinar si cualquier actividad delictiva o ilegal debería quedar capturada por este precepto, como parecería desprenderse de una interpretación literal. Creemos que es más razonable entender que la norma únicamente busca referirse a que las actividades propias del inversor extranjero sean ilegales o delictivas (es decir, el hecho de que, por ejemplo, un inversor no haya pagado determinados impuestos o no tenga determinadas licencias administrativas, no debería determinar per se la necesidad de obtener autorización administrativa previa para llevar a cabo una operación de inversión en España). Esta interpretación está más en línea con el Reglamento 2019/452 que establece como criterio para determinar si una inversión afecta a la seguridad o el orden público la existencia de un grave riesgo de que el inversor extranjero realice actividades delictivas o ilegales.

V. Otros sectores

El apartado 4 del artículo 7bis de la Ley 19/2020 establece que:

“4. El Gobierno podrá suspender el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en aquellos otros sectores no contemplados en el apartado 2 de este artículo, cuando puedan afectar a la seguridad pública, orden público y salud pública, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 7 de esta Ley”.

Este apartado 4 no parece que añada nada nuevo a la redacción vigente del artículo 7 de la Ley 19/2003⁴. Consideramos, por tanto, que se trata de una mención a efectos meramente aclaratorios.

VI. Procedimiento de autorización

El procedimiento para la obtención de la autorización previa regulada en el artículo 7bis de la Ley 19/2020 se introduce en su apartado 5:

“5. La suspensión del régimen de liberalización establecida de acuerdo con los apartados 2, 3 y 4 de este artículo determinará el sometimiento de las referidas operaciones de inversión a la obtención de autorización, de acuerdo con lo

4 “El Gobierno podrá acordar la suspensión del régimen de liberalización establecido en esta ley cuando se trate de actos, negocios, transacciones u operaciones que, por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten o puedan afectar a actividades relacionadas, aunque solo sea de modo ocasional, con el ejercicio de poder público, o actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, o a actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad pública y salud pública.

Tal suspensión determinará el sometimiento de ulteriores operaciones a la obtención de autorización administrativa, de acuerdo con lo señalado en el artículo 6”.

establecido en el artículo 6 de esta Ley. Las operaciones de inversión llevadas a cabo sin la preceptiva autorización previa carecerán de validez y efectos jurídicos, en tanto no se produzca su legalización de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley.”

1. Procedimiento

Las solicitudes de autorización que se puedan beneficiar del procedimiento simplificado (operaciones respecto de las cuales se acredite la existencia de un acuerdo entre las partes o una oferta vinculante en la que el precio hubiera sido fijado, determinado o determinable, con anterioridad al 18 de marzo de 2020 y operaciones cuyo importe esté entre 1 y 5 millones de euros) se dirigirán al titular de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, quien resolverá previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores.

Se aplicará de oficio la tramitación simplificada del procedimiento prevista en el artículo 96 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que, en resumen, establece que el procedimiento deberá ser resuelto en el plazo de treinta días, operando un silencio negativo en caso de que no se haya resuelto en dicha fecha.

Para el resto de operaciones de inversión, existe una referencia genérica al artículo 6 de la Ley 19/2003⁵, que tampoco aclara ante qué órgano debe remitirse la solicitud de autorización (afirma que la autorización correspondiente “se otorgará por los órganos y a través del procedimiento que se disponga reglamentariamente”).

5 “1. Los actos, negocios, transacciones y operaciones afectados por las medidas previstas en los artículos 4 y 5 podrán realizarse, si así se dispone expresamente, mediante la previa obtención de la correspondiente autorización administrativa y en las condiciones que ésta establezca. Dicha autorización se otorgará por los órganos y a través del procedimiento que se disponga reglamentariamente.

2. Si, transcurrido el plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la autorización, no se produjera resolución expresa, se entenderá que la operación no es autorizada. Consecuentemente, la solicitud se entenderá desestimada a los efectos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Ante esta falta de claridad –hasta el desarrollo normativo correspondiente–, la interpretación más prudente es considerar que la autorización debe ser concedida por el propio Consejo de Ministros en el plazo de seis meses desde que se remitió la solicitud. Todo ello sin perjuicio de que, en una interpretación razonable, el órgano ante el que se pueda presentar la solicitud de autorización sea la propia Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, desde donde se examinaría la solicitud y se daría el traslado administrativo correspondiente hasta su análisis por parte del Consejo de Ministros.

En la práctica ya existen algunos precedentes de inversiones extranjeras autorizadas por el Consejo de Ministros, en plazos razonablemente ágiles (en torno a dos o tres meses, en lugar del plazo máximo de seis meses previsto en la norma). A modo de ejemplo, cabe citar las siguientes:

- (i) El 7 de julio de 2020 se autorizó la inversión extranjera de la empresa francesa Etienne Lacroix Finances en la empresa española Falken, S.A.U.

- (ii) El 7 de julio de 2020 se autorizó la inversión extranjera en la empresa española MASMOVIL IBERCOM S.A. La sociedad inversora es LORCA TELECOM BIDCO, S.A.U.
- (iii) El 4 de agosto de 2020 se autorizó la inversión extranjera de la sociedad francesa ADIT S.A.S. por el 66% del capital de la sociedad española Europavia España, S.A.
- (iv) El 29 de septiembre de 2020 se autorizó la inversión extranjera de la sociedad de Países Bajos CNH Industrial N.V. por el 99,99 % del capital social de la sociedad española IVECO España, S.L.
- (v) El 6 de octubre de 2020 se autorizó la inversión extranjera de la sociedad Maegor Investments, S.L.U., en la sociedad española Terminales Portuarias, S.L.
- (vi) El 6 de octubre de 2020 se autorizó la inversión extranjera de la sociedad MEIF 6 Amistad Holdings, S.L.U., en la sociedad española Viamed Salud, S.L.

2. Validez y efectos jurídicos

Respecto a la validez del artículo 7bis, la interpretación más razonable es que a esta norma no le resulta de aplicación la disposición final duodécima del RDL 11/2020⁶, dado que la inclusión del artículo 7bis en la Ley 19/2003 no debería entenderse como una “medida”, sino como una modificación de una norma con rango de ley. Por tanto, consideramos que la vigencia de este art. 7bis es indefinida mientras no sea modificado como corresponda.

Respecto a los efectos jurídicos, parece que la redacción de la norma deja la puerta abierta a la convalidación de una operación realizada sin autorización. Es decir, se produce una suspensión de los efectos jurídicos de la operación ya realizada hasta obtener la correspondiente autorización.

VII. Conclusión

La rapidez y urgencia con la que se aprobó este artículo 7bis son quizá las responsables de la gran cantidad de dudas interpretativas que esta norma arroja. En algunos casos, las interpretaciones más razonables chocan con la literalidad del precepto, lo que hace muy difícil su aplicación práctica.

Se espera que el desarrollo legislativo de esta norma aclare la mayor parte de estas dudas interpretativas y ayude a que los inversores extranjeros consideren España como un destino seguro al que dirigir sus inversiones.

⁶ “1. Con carácter general, las medidas previstas en el presente real decreto-ley mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma. No obstante, lo anterior, aquellas medidas previstas en este real decreto-ley que tienen un plazo determinado de duración se sujetarán al mismo [...]”.

Adenda

Con posterioridad al cierre de este artículo, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria (el “**RDL 34/2020**”).

El RDL 34/2020 modifica el artículo 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior. En particular, las modificaciones introducidas son las siguientes:

1. Definición de inversión extranjera directa

La definición de inversión extranjera directa -más allá de pasar a ostentar más de un 10% del capital social de una sociedad española- se ve modificada y (i) se elimina del ámbito de aplicación de la norma actos jurídicos u operaciones societarias como consecuencia de los cuales se “participe de forma efectiva en la gestión” de la sociedad española en cuestión; y (ii) se aclara que para determinar qué debe entenderse por “control” hay que acudir a la definición y criterios establecidos por el artículo 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia¹.

2. Sectores afectados

Se incluyen modificaciones en algunos de los sectores afectados por las restricciones a la inversión extranjera directa. En particular, los siguientes:

- i) Tecnologías críticas y de doble uso: se elimina la referencia al artículo 2, apartado 1, del Reglamento (CE) número 428/2009 del Consejo y se sustituye por la referencia concreta a “tecnologías clave para el liderazgo y la capacitación industrial, y tecnologías desarrolladas al amparo de programas y proyectos de particular interés para España, incluidas las telecomunicaciones, [...] los materiales avanzados y los sistemas de fabricación avanzados”.
- ii) Suministro de insumos fundamentales: se incluye como novedad a los “servicios estratégicos de conectividad” junto con la redacción ya existente.
- iii) Medios de comunicación: se incluye como aclaración que la restricción en el sector será “sin perjuicio de que los servicios de comunicación audiovisual en los términos definidos en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, se regirán por lo dispuesto en dicha Ley”.

¹ “A los efectos anteriores, el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, en particular, mediante:

a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa,

b) contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa.

En todo caso, se considerará que ese control existe cuando se den los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.”

3. Ámbito subjetivo de aplicación de la norma

Se modifican dos de los tres supuestos ámbito subjetivo de aplicación de la citada norma:

- i) Inversores controlados por el gobierno de un tercer país: la referencia anterior a la definición de "control", de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 del Código de Comercio se sustituye por la referencia al artículo 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, mencionado más arriba al hablar de las modificaciones en la definición de inversión extranjera directa.
- ii) Procedimientos administrativos o judiciales abiertos contra el inversor extranjero: se elimina la referencia a procedimientos administrativos judiciales abiertos contra el inversor extranjero en otro Estado miembro o en el Estado de origen o un tercer Estado por ejercer actividades delictivas o ilegales y se sustituye por el supuesto -más restrictivo- de que exista un riesgo grave de que el inversor extranjero en cuestión ejerza actividades delictivas o ilegales, que afecten a la seguridad pública, orden público o salud pública en España.

4. Exenciones al régimen de autorización previa

Se incluye un nuevo apartado 6 en el artículo 7 bis que regula que el Gobierno podrá establecer reglamentariamente categorías de operación o importes por debajo de los cuales las operaciones de inversión extranjera directa quedarán exentas de autorización previa (por su nula o escasa repercusión para los bienes jurídicos protegidos por el propio artículo 7 bis). También aclara que se podrá acotar reglamentariamente la definición de los sectores afectados por la norma.

5. Disposición transitoria

El RDL 34/2020 incluye una disposición transitoria para establecer que el régimen de suspensión de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas (apartados 2 –sectores afectados- y 5 –necesidad de autorización previa- del artículo 7 bis) también se aplicará, hasta el 30 de junio de 2021, a inversiones extranjeras directas realizadas sobre sociedades españolas cotizadas (aquellas cuyas acciones coticen en un mercado secundario oficial español y tengan su domicilio social en España) y no cotizadas si el valor de la inversión supera los 500 millones de euros, realizadas por residentes de otros países de la UE o AELC.

Aclara la norma que la restricción también aplicará a inversores residentes en España cuya titularidad real (más del 25% del capital o derechos de voto, directo o indirecto, o ejercicio de control por cualquier otro medio) sea no española.

Las implicaciones de las limitaciones impuestas al transporte de personas en la residencia fiscal y la imposición de las personas físicas y sus empleadores

I. Introducción	120
II. Implicaciones en la residencia fiscal de las personas físicas y su tributación	121
1. Requisitos más habituales para definir a una persona física residente	121
2. Aplicación de los convenios para evitar la doble imposición	123
3. Criterios y disposiciones normativas publicados por las administraciones tributarias	124
4. Situación de aquellas personas no cubiertas por CDI y normas o criterios especiales	124
5. Tributación por las rentas obtenidas en el país de estancia y otros impuestos no cubiertos por los CDI	125
III. Implicaciones en la residencia fiscal de las personas jurídicas y su tributación	125
IV. Conclusión	127



Resumen: La pandemia causada por la COVID-19 ha afectado gravemente a muchos ámbitos de la economía y ha generado importantes limitaciones al transporte de las personas. De esta forma, numerosas personas han quedado retenidas por largo tiempo en países distintos del de su residencia.

Toda vez que la estancia física en un territorio puede entrañar repercusiones fiscales vinculadas al estatus de residente fiscal, es necesario realizar un análisis de tales implicaciones. En este sentido, este artículo se centra principalmente en los efectos que tales limitaciones pueden tener en la residencia fiscal y la imposición de las personas físicas y de las empresas que hayan tenido empleados retenidos en el extranjero.

Abstract: The COVID-19 pandemic has greatly affected many areas of the economy and has imposed significant limitations on the movement of individuals. As a result, many individuals have been stranded abroad.

To the extent that the physical presence in a jurisdiction can entail tax implications linked to the tax residency, it is necessary to review such implications. In this regard, this paper analyses the main effects these limitations can have on the tax residency and the taxation of stranded individuals, as well as the companies that employ them.



Palabras clave: Residencia fiscal, convenio para evitar la doble imposición, fiscalidad internacional, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

Keywords: Tax residency, tax treaty, international taxation, Personal Income Tax, Non-Resident Income Tax.

Las implicaciones de las limitaciones impuestas al transporte de personas en la residencia fiscal y la imposición de las personas físicas y sus empleadores

I. Introducción

Pocas crisis han existido en el mundo moderno que hayan afectado tanto a la población y a la economía mundial como la crisis sanitaria desatada por la pandemia del Coronavirus SARS-COV2 (la “**COVID-19**”). Una enfermedad provocada por un virus inicialmente localizado en China y que por vía del contacto comunitario y la movilidad de las personas, ha afectado a un total de 188 países en los cinco continentes.

Cada país ha adoptado medidas de muy diversa índole con la finalidad de proteger a sus ciudadanos. Entre estas medidas se encuentran las restricciones a los viajes que durante buena parte del 2020 han estado vigentes y que actualmente vuelven a aplicarse de forma selectiva.

Estas restricciones han motivado que numerosas personas hayan tenido que quedarse temporalmente en un país distinto a aquel en el que habitualmente residen, bien de manera obligada o bien por precaución, para evitar desplazamientos y el riesgo de infección que implican. En ambos casos, estas personas han tenido que buscar un sitio donde alojarse durante un periodo que en ocasiones se ha podido prolongar de forma muy significativa. En aras de una mayor simplicidad expositiva, nos referiremos a estos países como “país de residencia” y “país de estancia”.

Aunque la residencia fiscal es un término jurídico, su determinación normalmente se remite a hechos o cuestiones fácticas. En este sentido, la permanencia física y la existencia de vivienda a disposición de una persona son dos de los criterios que habitualmente suelen exigir los distintos países a la hora de desplegar su soberanía fiscal. Así, a aquellas personas cuya permanencia supere un umbral determinado o dispongan de un domicilio a su disposición se las podrán considerar residentes fiscales de ese país y este podrá gravarles por su renta o patrimonio universales.

Es lógico, por tanto, considerar que un cambio en el lugar de residencia física de una o de varias personas del núcleo familiar puede incidir de manera significativa en su residencia fiscal, el lugar donde contribuyen y el nivel de imposición que se les aplica. Consecuentemente, las disrupciones que la COVID-19 ha causado en el transporte son susceptibles de provocar (y de hecho han provocado) alteraciones en la tributación de las personas físicas.

Por su parte, la determinación de la residencia de las personas jurídicas no se refiere, como es lógico, a su morada, sino a otros aspectos, como son el Derecho bajo el que se constituyen, dónde disponen de oficinas, dónde llevan a cabo

sustancialmente su actividad, y, principalmente, desde dónde son dirigidas de manera efectiva. Toda vez que la dirección de las entidades tiene que realizarse por personas (administradores o directivos), cualquier cambio en su ubicación física también podría llegar a afectar a la residencia fiscal de las personas jurídicas.

Resulta por tanto conveniente analizar cuál podría ser el impacto de la modificación de la residencia habitual como consecuencia de la COVID-19, aspecto al que le dedicaremos este trabajo. Nos centraremos principalmente en la residencia fiscal de las personas físicas, pues creemos que es en este aspecto donde podría haber una mayor incidencia, sin perjuicio de que también se analiza someramente el efecto que podría tener en la residencia de las personas jurídicas.

II. Implicaciones en la residencia fiscal de las personas físicas y su tributación

Como señalábamos anteriormente, cada país puede establecer una serie de circunstancias cuyo cumplimiento implica la adquisición de la residencia fiscal. Así, por ejemplo, existen países en los que la nacionalidad constituye una circunstancia que implica la calificación de residente fiscal (por ejemplo, Estados Unidos), mientras que hay otros Estados en los que no sucede así (por ejemplo, España). Sin perjuicio de lo anterior, puede afirmarse que existen una serie de circunstancias o criterios que son utilizados de forma habitual por la generalidad de los estados.

1. Requisitos más habituales para definir a una persona física residente

En el ámbito de la imposición de las personas físicas, es habitual que se atienda a tres circunstancias principales: (i) la intensidad de la permanencia física en el territorio del país en cuestión; (ii) la existencia de una vivienda permanente en dicho país; y (iii) cuál es el lugar donde se desarrollan las principales facetas familiares, sociales y/o económicas de la persona, es decir, su centro de intereses vitales.

Consideramos que las restricciones al transporte y las disrupciones causadas por la COVID-19 afectarán más a las dos primeras circunstancias que a la tercera, por lo que nos centraremos en aquellas.

Por lo que respecta a la presencia física de una persona en el territorio de un país, las normativas nacionales disponen de libertad a la hora de fijar el umbral a partir del cual se puede afirmar que la presencia es suficiente para otorgar el estatus de residente fiscal.

Lo habitual es que ese umbral se determine con referencia a un periodo temporal de un año o de varios años: así, si el sujeto permanece más de un tiempo determinado dentro de otra referencia temporal más amplia, podrá afirmarse su residencia fiscal en el país de estancia.

El tiempo determinado a computar puede ser un número de días, de meses o una fracción del periodo de referencia. Y el cómputo puede tener en cuenta periodos continuos (por ejemplo, 6 meses seguidos) o discontinuos (por ejemplo, 183 días, aunque no sean consecutivos). Así, en la normativa de los distintos países podemos encontrar umbrales como 30, 90, 183 o 270 días, 6 o 12 meses o medio año. En este sentido, es importante descartar ideas preconcebidas y ser conscientes de que el criterio aplicable en cada país podrá ser distinto, e incluso que existen países en los que el ejercicio fiscal de las personas físicas puede no abarcar necesariamente un año completo (por ejemplo, Suiza) y no comenzar el 1 de enero (por ejemplo, Reino Unido o Australia).

El periodo de referencia normalmente suele ser de un año, si bien existen determinados países que además pueden tener en cuenta la presencia física habida en otros periodos anteriores (*look back test*). De esta forma, las sucesivas estancias que individualmente consideradas pudieran ser insuficientes podrían llegar a superar un umbral conjunto que dé lugar a la calificación de residente en el país de estancia. Tal sería el caso de Estados Unidos, Irlanda o Lituania.

Las combinaciones más frecuentes suelen ser la superación de 183 días en el año natural (por ejemplo, España, Portugal, Irlanda) o 6 meses o la mitad del año (por ejemplo, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia).

Como se ha visto, en general puede afirmarse que la estancia superior a la mitad del año en un país puede implicar que el mismo pueda reclamar la residencia fiscal de esa persona.

Es reseñable que la normativa de algunos países establece excepciones a la regla general, que permitirían que personas cuya permanencia en el país en cuestión haya superado los límites anteriores puedan no ser consideradas residentes fiscales. Así, hay países que han establecido un límite más amplio que, en caso de no ser superado, implica la no obtención de la residencia fiscal (por ejemplo, Austria con una estancia de *minimis* de 12 meses) y otros que han establecido que la presencia física por determinados motivos espurios no debe conllevar la asignación de la residencia fiscal (por ejemplo, Grecia para las estancias de hasta 365 días por motivos médicos o turísticos).

Por lo que respecta al requisito de la existencia de la vivienda a disposición del contribuyente, resulta lógico considerar que tendrá tal carácter la vivienda que una persona pueda tener a su disposición durante un largo periodo de tiempo (vivienda permanente), bien porque dispone de ella en virtud del derecho de propiedad o de un contrato de alquiler de larga duración. No obstante, y sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios para evitar la doble imposición en materia de renta y patrimonio ("**CDI**") y los comentarios interpretativos de los mismos (comentarios al Modelo convenio tributario de la OCDE –MC OCDE–), en principio, nada obstaría a que una administración tributaria pueda considerar que un alojamiento temporal que se ha mantenido en el tiempo, especialmente si es durante más de la mitad de un año, pueda ser considerado como vivienda a disposición.

En el caso de España, el artículo 9 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (“**IRPF**”), establece que tendrán la consideración de residentes fiscales españoles las personas que permanezcan en territorio nacional más de 183 días en un año natural, y aquellas que tengan en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento jurídico.

2. Aplicación de los convenios para evitar la doble imposición

Como consecuencia de lo señalado en el apartado anterior, es posible que una o varias personas de un núcleo familiar pudieran ser calificadas como residentes fiscales en varios países, dando lugar al fenómeno de la doble residencia fiscal y a un supuesto de doble imposición, toda vez que dos países –el de residencia y el de estancia– exigirán tributación por el patrimonio y/o la renta mundiales.

Los CDI son tratados internacionales y, como tales, tienen primacía sobre el Derecho nacional. Uno de sus fines es el reparto de la potestad tributaria de los países conforme a unas reglas pactadas, con el fin de que se eviten situaciones de doble imposición, una de las cuales es la generada por la doble residencia fiscal.

Para lograr esa armonía en la residencia fiscal, los CDI suelen incluir unas “reglas de desempate” que se aplican por orden de prelación¹: (i) la existencia de una vivienda a disposición del contribuyente; (ii) la localización del centro de intereses vitales (relaciones personales y económicas); (iii) la intensidad de la presencia física (más de 183 días en un año); y (iv) la nacionalidad. Si ninguna de las reglas anteriores permite “desempatar”, los países normalmente determinarán lo procedente en el caso concreto mediante una decisión de común acuerdo.

Dada la preeminencia de la regla relativa a la existencia de una vivienda a disposición del contribuyente, conviene señalar que, a la luz de los comentarios del modelo de CDI de la OCDE, parece complicado sostener que una vivienda concertada por un tiempo determinado durante la situación de emergencia sanitaria de la COVID-19 pueda ser considerada como vivienda a disposición del contribuyente de manera permanente, si bien la interpretación queda a disposición de los países involucrados.

Por otra parte, a la vista de la relativamente baja prioridad de la nacionalidad como criterio de “desempate”, podría afirmarse que en aquellos casos en que el contribuyente se hubiera desplazado con su familia cercana, sería relativamente probable que el país de estancia pudiera afirmar la residencia fiscal de la unidad familiar.

Sin perjuicio de lo anterior resultan especialmente interesantes las manifestaciones publicadas por el Secretario General de la OCDE, el señor Ángel Gurría, el día

1 Debe señalarse que los distintos CDI firmados por los países pueden tener particularidades en cuanto a la aplicación de estos criterios. Así, por ejemplo, podría citarse el CDI suscrito entre España y Australia, en el que solo se consideran como “reglas de desempate” la existencia de una vivienda a disposición permanente del contribuyente y la localización del centro de intereses vitales, constituyendo la nacionalidad exclusivamente un parámetro a tener en cuenta para valorar el centro de intereses vitales.

3 de abril de 2020, en las que afirmaba que “es improbable que la situación del COVID-19 afecte a la residencia fiscal determinada según convenio”. Añadía que, “debido a que la crisis del COVID-19 es un periodo de cambios importantes y una situación excepcional, en el corto plazo las administraciones fiscales y autoridades competentes deberán considerar un periodo más normal a la hora de determinar la residencia fiscal de una persona”.

3. Criterios y disposiciones normativas publicados por las administraciones tributarias

Dentro del marco normativo descrito, y en línea con las manifestaciones de la OCDE, algunos países y administraciones tributarias han llevado a cabo acciones legislativas o han publicado criterios interpretativos acerca de las reglas de determinación de la residencia fiscal en la situación excepcional en que se ha encontrado el mundo en 2020.

Tal es el caso de Estados Unidos, Reino Unido, Irlanda o Australia. Estas medidas consisten, bien en el no cómputo de un periodo determinado del año 2020, coincidente con la primera ola generalizada de infecciones por la COVID-19, o bien en la flexibilización en la aplicación de las reglas de determinación de la residencia fiscal siempre que se aprecie buena fe en las personas afectadas.

Desgraciadamente para la seguridad jurídica de las personas no residentes confinadas en España, en nuestro país no se ha llevado a cabo ninguna modificación normativa, ni tampoco se han emitido criterios interpretativos más laxos motivados por la extraordinaria situación generada por la pandemia.

4. Situación de aquellas personas no cubiertas por CDI y normas o criterios especiales

De todo lo anterior se desprende que aquellas personas que se hayan encontrado retenidas en un país distinto del de residencia, y que se puedan beneficiar de los efectos de un CDI o de normas o interpretaciones específicas, podrán verse sometidas a una doble imposición por parte de dos países.

En este caso, no se podrá evitar tributar en ambos países, si bien es posible que uno o ambos cuenten en su normativa con mecanismos para evitar la doble imposición, de forma que los importes abonados en otro país pudieran ser descontados total o parcialmente de la deuda tributaria a abonar. Ello dependerá de las disposiciones específicas contenidas en cada normativa.

Cabe señalar que en este caso de inexistencia de CDI o normas especiales se situaría el matrimonio consultante de la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos (“DGT”) número V1983-20, de 17 de junio. En este caso, los consultantes, nacionales del Líbano y con domicilio habitual en ese país –territorio

calificado como paraíso fiscal–, manifestaban haber permanecido en territorio español más de 183 días y no percibir rentas en España. Ante la falta de CDI suscrito entre ambos países y de disposiciones específicas dictadas en el ámbito de la COVID-19, la DGT concluyó que ambos contribuyentes se habían convertido en residentes fiscales españoles para 2020.

Aunque este criterio administrativo no es extrapolable a otros casos de residentes fiscales de otras jurisdicciones con las que España tenga suscrito un CDI, consideramos que la solución dada en el caso consultado es desafortunada y no especialmente buena para la imagen de España en el extranjero. Y ello, aunque desde un punto de vista estricto, la respuesta dada por la DGT sea técnicamente correcta a la vista de la normativa en vigor.

Para situaciones como la actual habría sido necesaria la adopción de medidas normativas excepcionales, las cuales se habrían podido incluir en alguno de los distintos y numerosos paquetes de medidas aprobadas por el Gobierno durante la primavera de 2020. La necesidad era palpable, como lo acreditan las declaraciones del Secretario General de la OCDE de principios de abril a las que antes se hacía referencia.

5. Tributación por las rentas obtenidas en el país de estancia y otros impuestos no cubiertos por los CDI

Sin perjuicio de todo lo anterior, no debe perderse de vista que incluso aunque una persona no adquiera la residencia fiscal en el país de estancia, podría darse el caso de que las remuneraciones percibidas durante ese tiempo pudieran quedar sometidas a tributación en el país de estancia (obligación real u obligación limitada). El criterio aplicable dependerá de las circunstancias de cada caso, si bien consideramos que este tipo de supuestos deberían ser objeto de una cuidadosa revisión.

Adicionalmente, tampoco debe olvidarse que en los distintos países de estancia podrán existir impuestos no cubiertos por los CDI aplicables. Quizá el supuesto más claro pudiera ser el de otros impuestos directos como los impuestos a las herencias (Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones). Debido a la complejidad que cada situación podría entrañar, consideramos que es fundamental llevar a cabo una revisión jurídica de cada supuesto.

III. Implicaciones en la residencia fiscal de las personas jurídicas y su tributación

Como señalábamos anteriormente, la residencia fiscal de las personas jurídicas se determina con base en determinadas circunstancias, como son el lugar de constitución o registro, el lugar donde se desarrolla una parte sustancial de su actividad y el lugar de dirección efectiva.

Parece lógico pensar que las restricciones creadas por la COVID-19 al transporte de personas, únicamente afectarán a aquellas circunstancias de la persona jurídica que estén relacionadas con el desarrollo de actividades por parte de las personas físicas. Así, de las circunstancias antes señaladas, parece que la única que podría ser afectada por la COVID-19 sería el lugar desde el que la entidad se dirige de forma efectiva.

La dirección efectiva se entiende como “el lugar donde se toman de hecho las decisiones comerciales clave y las decisiones de gestión necesarias para llevar a cabo el conjunto de las actividades empresariales o profesionales de la entidad” (consulta vinculante de la DGT número V0962-14, de 4 de abril) y normalmente viene a identificarse como el contenido de la labor desempeñada por los administradores y la alta dirección de las personas jurídicas.

En consecuencia, el cambio de residencia de la mayor parte de este conjunto de personas podría alterar la residencia fiscal de la persona jurídica. Sin embargo, salvo en el caso de entidades con un administrador único o con un número muy reducido de administradores y directivos, parece difícil que todos los miembros del equipo directivo puedan quedar retenidos en la misma jurisdicción.

Es quizá por este motivo por el que el Secretario General de la OCDE señaló en su comunicación de 3 de abril que “un cambio temporal en la localización de los consejeros delegados y otros ejecutivos de primer nivel es una situación temporal y extraordinaria debida a la crisis del COVID-19 y dicho cambio no debería motivar un cambio en la residencia fiscal (...) todos los hechos y circunstancias deberían ser examinadas con el fin de determinar el lugar “habitual” y “ordinario” de dirección efectiva”.

Pasando al caso español, el artículo 8 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto sobre Sociedades, señala que serán consideradas residentes españolas aquellas entidades que cumplan alguna de las siguientes circunstancias: (i) que se hubieran constituido bajo ley española; (ii) que tengan su sede social en España; y (iii) que tuvieran su lugar de dirección efectiva en España.

Como puede apreciarse, a la luz de la normativa española resulta claro que, de entre las circunstancias elegidas por el citado artículo 8, las restricciones al transporte motivadas por la COVID-19 solo podrían afectar a la determinación del lugar de dirección efectiva y, según se ha expuesto, parece poco probable que la misma pueda alterar salvo en casos extraordinarios.

Por lo que respecta a los CDI, la regla a la que se atiende para determinar la residencia fiscal es igualmente la de dirección efectiva, por lo que parece cierta la apreciación de la OCDE, de que la residencia fiscal de las personas jurídicas no debería verse alterada por la crisis de la COVID-19, especialmente en aquellas jurisdicciones que en el marco de la *Base Erosion and Profit Shifting* (“**BEPS**”) (erosión de la base imponible y traslado de beneficios) y el instrumento multilateral hayan decidido incorporar la “regla de desempate” que se refiere al estado de

constitución de la entidad. Esta regla no ha sido adoptada por España, por lo que no será aplicable a los CDI suscritos por nuestro país.

Con independencia de lo anterior, otra cuestión será si la presencia de directivos o de personal en el país de estancia puede dar lugar a un establecimiento permanente, a los efectos de que dicho país pueda gravar la parte de las rentas obtenidas por la persona jurídica que pudiera asignarse a esa presencia en su territorio nacional. La apreciación de la existencia de un establecimiento permanente es una cuestión que exige un análisis minucioso de la actividad de la empresa, de las actuaciones realizadas en el país en cuestión y de los medios con que se dispone en el país en cuestión para ello, por lo que no es posible concluir de manera teórica o abstracta.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que el Secretario General de la OCDE en la citada comunicación de 3 de abril, también señaló que apreciaba dificultades para que esa presencia temporal en otro país distinto del habitual pudiera dar lugar a la aparición de nuevos establecimientos permanentes o a la desaparición de los que pudieran existir antes de la crisis sanitaria.

IV. Conclusión

La crisis desatada por la COVID-19 ha impactado de manera muy significativa en la economía y a los ciudadanos. Dentro de las medidas adoptadas por los distintos países se encuentran las restricciones al transporte de las personas, lo que ha generado supuestos de personas retenidas en países distintos del de residencia.

Toda vez que la permanencia física de las personas en un territorio puede dar lugar a la calificación de residente fiscal del país de estancia o puede afectar a la tributación de la empresa para la que estas personas trabajen, será necesario analizar caso por caso las repercusiones que todo ello podría acarrear.

En principio, en aquellos casos en que el país de residencia y el país de estancia tengan suscrito un CDI, las implicaciones deberían ser menores o incluso inexistentes, siendo previsible que las personas más afectadas sean aquellas que residan en jurisdicciones que no tengan suscrito CDI con el país de estancia.

Así como otros países se han mostrado proactivos en la búsqueda de una solución normativa o interpretativa que limitara los efectos perjudiciales en la residencia fiscal de las personas afectadas, España no ha adoptado hasta la fecha ninguna medida en esta dirección.

