

SPAIN CORONAVIRUS. ESTADO DE ALARMA Y SOCIEDADES COTIZADAS (I): CUESTIONES RELATIVAS A LOS ÓRGANOS SOCIALES

Dentro de las medidas incluidas en el 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 "RD Ley"), parcialmente modificado por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, se han incluido algunas dirigidas específicamente a las sociedades cotizadas (art.41), que se completan con otras medidas de aplicación general a "las personas jurídicas de Derecho privado" y, entre ellas, a las sociedades mercantiles (art.40). En esencia, el RD Ley ha venido a establecer -en los términos de su exposición de motivos- un conjunto de "medidas extraordinarias aplicables al funcionamiento de los órganos de gobierno" de las sociedades cotizadas, que básicamente se traducen en una suspensión o extensión de los plazos aplicables al cumplimiento de determinadas obligaciones legales y en una flexibilización de las reglas de funcionamiento tanto del consejo de administración como de la junta general.

Estas reglas societarias son una respuesta a las consecuencias que la declaración del estado de alarma por el RD 463/2020, de 14 de marzo (modificado por sucesivos RDs, que en esencia han ido extendiendo la duración del mismo) (el "RD de Alarma") está teniendo sobre aspectos esenciales del funcionamiento de las sociedades mercantiles.

¿QUÉ SE ENTIENDE POR SOCIEDADES COTIZADAS A LOS EFECTOS DEL RDLEY?

En contraste con la Ley de Sociedades de Capital ("LSC"), que entiende por sociedades cotizadas aquellas cuyas acciones se negocien "en un mercado secundario oficial de valores" (art.495.1), el RD Ley se declara aplicable a las sociedades que tengan valores cotizados "en un **mercado regulado** de la Unión Europea" (art.41.1).

La noción de "mercado secundario oficial", que es la tradicionalmente empleada por nuestro ordenamiento (v. art.43.2 del Texto refundido de la Ley

Aspectos clave

- Simplificación de las formas de reunión del consejo y de sus comisiones durante el estado de alarma
- Reglas especiales para la convocatoria y celebración de las juntas generales durante el año 2020
- Diferencias de régimen entre las juntas convocadas y las nuevas convocatorias

del Mercado de Valores –"LMV"–), se sustituye así por la "mercado regulado", que se corresponde con la terminología propia del Derecho comunitario. Además, aunque el RD Ley se declare aplicable a las sociedades con "valores" admitidos a cotización en un mercado regulado de la Unión Europea, esos "valores" habrán de ser necesariamente acciones. De esta forma, el RD Ley resulta de aplicación a las sociedades cotizadas de nacionalidad española, aun en el caso de que su capital se negocie en un mercado regulado europeo distinto del español.

¿SE HAN PREVISTO REGLAS DE FUNCIONAMIENTO PARA EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y SUS COMISIONES?

El artículo 41.2 del RD Ley permite, "excepcionalmente", que el consejo de administración y la comisión de auditoría de las sociedades cotizadas puedan adoptar acuerdos por **videoconferencia** o por **conferencia telefónica múltiple**, aunque tal posibilidad no esté prevista en los estatutos, siempre que el secretario pueda reconocer la identidad de los consejeros. Pero esta posibilidad se reconoce únicamente "a los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior", que se ocupa solo de los plazos de publicación de la información financiera periódica (y de ahí -cabe suponer- la referencia exclusiva a la comisión de auditoría y no a otras comisiones) y de la convocatoria de las juntas generales.

En todo caso:

- La posibilidad de que "los órganos de gobierno y administración" de cualquier sociedad mercantil, incluyendo la comisión delegada y las demás comisiones obligatorias o voluntarias, puedan durante el periodo de alarma celebrar sus reuniones por **videoconferencia** o por conferencia telefónica múltiple se reconoce con carácter general por el artículo 40.1 del RD Ley, "aunque los estatutos no lo hubieran previsto". No es dudoso que los estatutos de cualquier sociedad (o el reglamento del consejo, en el caso de las cotizadas) pueden prever la posibilidad de participar en las sesiones del consejo por videoconferencia, conferencia telefónica y otros medios telemáticos. El RD Ley, pues, ha venido a extender esta misma facultad a las sociedades que carezcan de cualquier previsión estatutaria (o reglamentaria) al respecto, con el fin de evitar reuniones físicas y presenciales de los consejos y de sus comisiones mientras duren las medidas de contención y de limitación de la circulación asociadas al estado de alarma;
- El RD Ley ha previsto igualmente para todas las sociedades mercantiles (y otras entidades) la posibilidad de que sus órganos de administración y sus comisiones puedan adoptar durante el periodo de alarma sus acuerdos "mediante **votación por escrito y sin sesión**, siempre que lo decida el presidente y (...) cuando lo solicite[n], al menos, dos de los miembros del órgano". En las sociedades anónimas, la votación por escrito y sin sesión no requiere de ninguna habilitación estatutaria, al admitirse siempre que ningún consejero se oponga a este procedimiento (art.248.2 LSC y, en el mismo sentido, art.100 del Reglamento del Registro Mercantil). De ahí que el RD Ley haya flexibilizado las condiciones para la aplicación del procedimiento, al permitir su utilización cuando lo decida el presidente del consejo o cuando lo soliciten al menos dos de sus miembros, eliminando por tanto la necesidad del consentimiento de todos los consejeros.

De este conjunto de previsiones se infiere en todo caso que el RD Ley se ha limitado a facilitar el uso de estos procedimientos, pero sin prohibir propiamente la posible celebración de reuniones físicas y presenciales del consejo o de sus comisiones. En estos casos, cabe entender que los consejeros estarían capacitados para desplazarse hasta el lugar de la reunión, por tratarse de un "desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial" [art.7.1.c) del RD de Alarma].

¿EN QUÉ PLAZO DEBE CELEBRARSE LA JUNTA GENERAL ORDINARIA?

El artículo 41.1.b) del RD Ley ha previsto que, durante el año 2020, la junta general ordinaria de las sociedades cotizadas "podrá celebrarse dentro de los **diez primeros meses** del ejercicio social" (por los seis meses que rigen con carácter general -art.164.1 LSC-).

En el caso de las **sociedades no cotizadas**, el RD Ley ha optado por un sistema distinto:

- En lugar de establecer un plazo máximo general para la celebración de las juntas ordinarias, ha previsto la suspensión y prórroga del plazo de formulación de las cuentas (mientras dure el estado de alarma más tres meses adicionales) y, si las cuentas ya hubieran sido formuladas, del plazo de auditoría (dos meses desde que finalice el estado de alarma); y la junta general ordinaria habrá de celebrarse necesariamente dentro de los tres meses siguientes a la finalización del plazo de formulación (del plazo ampliado de conformidad con el art.40.3, hay que entender, pues en caso contrario dicho plazo podría ser de imposible cumplimiento -en caso por ejemplo de extensión del plazo de auditoría de las cuentas- y no aportaría especialidad alguna respecto del régimen ordinario -tres meses para formular y seis para celebrar la junta-);
- Por ello, en las sociedades no cotizadas la ampliación del plazo dependerá de la fase en que se encontraran las cuentas anuales en el momento de declararse el estado de alarma (el día 14 de marzo de 2020). Podría no haber ampliación alguna si las cuentas ya hubieran sido formuladas y auditadas, o simplemente formuladas cuando la auditoría no sea obligatoria. Pero en el caso concreto de las sociedades que no hubieran formulado cuentas al decretarse el estado de alarma, la suma de los nuevos plazos determina que la junta ordinaria tenga que acabar celebrándose en un plazo más o menos coincidente con el de 10 meses previsto para las sociedades cotizadas.

Aunque la justificación de esta diferencia de tratamiento entre sociedades cotizadas y no cotizadas no sea evidente, cabe suponer que el legislador ha procurado dotar de mayor flexibilidad a las primeras con el fin de que puedan aplazar la realización de las juntas ordinarias en cualquier caso, con independencia del estado en que pudiera encontrarse el proceso de elaboración de sus cuentas anuales, en atención al mayor riesgo y dificultades prácticas que padecen en las actuales circunstancias para la organización y celebración de sus juntas.

¿CÓMO AFECTA EL ESTADO DE ALARMA A LA CONVOCATORIA DE LAS JUNTAS GENERALES?

El RD Ley también ha flexibilizado el **régimen de convocatoria y celebración de las juntas generales** para las sociedades cotizadas. Se trata de un régimen que aplica "durante el año 2020" (art.40.1), no solo mientras dure el

estado de alarma (a diferencia de otras medidas extraordinarias como la facultad general de celebrar consejos por videoconferencia o por escrito y sin sesión), y que aplica a la convocatoria de cualquier junta general, y no solo de las juntas ordinarias.

En este sentido, en lo que respecta a las convocatorias de junta que puedan realizarse a partir de la entrada en vigor del RD Ley (el 18 de marzo de 2020):

- El consejo podrá prever en la convocatoria la asistencia a la junta por **medios telemáticos** y el **voto a distancia**, en los términos previstos en los artículos 182, 189 y 521 de la LSC, aunque esta posibilidad no se prevea en los estatutos sociales; por los mismos motivos, el consejo debe entenderse facultado para prever en la convocatoria mecanismos de asistencia telemática y de voto a distancia distintos y añadidos a los contemplados en los estatutos o en el reglamento de la junta, con el fin de simplificarlos y de permitir su uso generalizado (si aquéllos se condicionaran por ejemplo a requisitos gravosos, como podría ser el uso de firma electrónica);
- Aunque sea una posibilidad que el RD Ley parezca limitar a los casos de juntas ya convocadas que no puedan celebrarse en el lugar y sitio previstos en la convocatoria por causa de las medidas impuestas por las autoridades públicas [art.41.1.d)], el consejo que habilite dichos medios telemáticos y de voto a distancia debe entenderse facultado además para convocar una **junta de celebración exclusivamente telemática**, al menos mientras dure la actual situación de estado de alarma; en estos casos, puede ser imposible predecir si en la fecha prevista para la celebración de la junta seguirán existiendo o no restricciones que impidan o limiten las posibilidades de asistencia física a la misma, lo que justifica sin duda que esta posibilidad deba admitirse también en estos casos (en este sentido, aunque con alguna precisión adicional, se pronuncia 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);
- Aunque el RD Ley aluda a la "asistencia por medios telemáticos y el voto a distancia", debe entenderse que el consejo podría optar con carácter general por permitir **uno solo de estos procedimientos**, como parece inferirse de la propia literalidad del artículo 41.1.c) (en las convocatorias ya realizadas "se podrá prever cualquiera de estos supuestos..."); pero no ocurre así en el caso de las juntas exclusivamente telemáticas, pues en tal caso habrá de ofrecerse -en los términos del art.41.1.d) del RD Ley- "la posibilidad de participar en la reunión por todas y cada una" de las vías expresamente previstas (asistencia telemática y delegación o voto por medios de comunicación a distancia).
- En los casos tanto de juntas "mixtas" como de juntas exclusivamente telemáticas, tampoco debería existir impedimento alguno para que las sociedades puedan requerir en la convocatoria que los votos "telemáticos" o a distancia sean emitidos con una determinada antelación respecto de la fecha de celebración, dadas las dificultades prácticas que puede plantear en estos casos la verificación y control de los votos dentro de la propia junta;
- El consejo podrá prever igualmente la celebración de la junta en cualquier **lugar** del territorio nacional, y no necesariamente en el término municipal previsto en los estatutos o en su defecto en el que la sociedad tenga su

domicilio (art.175 LSC). Este cambio habrá de responder -lógicamente- a motivos justificados, como podría ser el de permitir la realización de una junta íntegramente telemática [junta que se considera celebrada en el domicilio social, según previene el art.41.1.d) del RDLeY] o, eventualmente, su celebración en un lugar en el que pudieran no existir restricciones o limitaciones que impidieran la reunión física.

Estas previsiones del RDLeY deben ponerse en relación con las "Consideraciones de la CNMV sobre las juntas generales de las sociedades cotizadas ante la situación sanitaria creada por el Covid-19", de 10 de marzo de 2020, que recogen un conjunto de criterios y recomendaciones que en gran medida se han visto superados por las medidas contenidas en aquél.

¿QUÉ OCURRE CON LAS CONVOCATORIAS DE JUNTA REALIZADAS ANTES DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA?

El RDLeY se ha ocupado también de las juntas generales cuya convocatoria hubiera sido **anunciada** antes de su entrada en vigor, aunque con un régimen confuso e impreciso. En efecto:

- Las dos posibilidades anteriores, la de prever la asistencia telemática y el voto a distancia o un lugar de celebración distinto del estatutario, podrán preverse en un **anuncio complementario** que habrá de publicarse con una antelación mínima de cinco días naturales a la fecha prevista para la celebración de la junta general [art.41.1.c) RDLeY]; además, como lo normal en estos casos es que la junta no pueda celebrarse físicamente mientras persista el estado de alarma, dicho anuncio podrá prever que la junta se celebre "por vía exclusivamente telemática", en los términos del artículo 41.1.d) del RDLeY;
- Si la sociedad no pudiera publicar el anuncio complementario con dicha antelación, o si se viera incapacitada para organizar una junta exclusivamente telemática para la fecha prevista de celebración, la junta general no podrá celebrarse; y en tal caso, el RDLeY ha previsto que la misma podrá anunciarse "en **ulterior convocatoria** (...) con el mismo orden del día y los mismos requisitos de publicidad que la junta no celebrada, con al menos cinco días de antelación a la fecha fijada a la reunión" [art.41.1.d).ii)]. El RDLeY no ha previsto plazo alguno para esta "ulterior convocatoria" (o convocatoria acelerada), aunque dada la escasa antelación con que puede convocarse (cinco días) cabe asumir que habrá de ser una convocatoria próxima a la fecha de la junta que no pudo celebrarse (pues no tendría sentido, por poner un ejemplo, que una junta inicialmente convocada para finales de marzo o principios de abril pudiera ser objeto de esta "ulterior convocatoria" en el mes de octubre, aunque se respete el plazo de diez meses para la celebración de la junta ordinaria).

A diferencia de lo previsto para las sociedades no cotizadas (art.40.6), el RDLeY no ha contemplado para estos casos la posibilidad de **desconvocar** la junta. Pero la desconvocatoria de la junta es una potestad de la que por regla disfruta siempre el órgano de administración, en tanto que reverso y complemento de la facultad misma de convocatoria, por lo que es indudable que el consejo de administración de una sociedad cotizada que hubiera convocado una junta antes de la entrada en vigor del RDLeY podría optar sin más por desconvocarla, en lugar de decantarse por cualquiera de las alternativas ofrecidas por éste (modificar su forma de celebración a través de un anuncio complementario o volver a convocarla "en ulterior convocatoria").

De hecho, como las sociedades cotizadas disponen este año de un plazo de diez meses para celebrar la junta ordinaria, la desconvocatoria de la junta podría ofrecer una especial utilidad como forma de diferir y aplazar su convocatoria por un plazo indefinido, al objeto de realizarla nuevamente cuando concluya el estado de alarma y la sociedad tenga una mayor visibilidad sobre las alternativas para celebrarla.

En definitiva, el consejo de administración ha de entenderse facultado en estos casos para optar entre la posible modificación de la convocatoria ya realizada o por la realización de una "ulterior convocatoria", en los términos del RD Ley, pero también por desconvocar la junta sin más, con el fin de volver a convocarla más adelante para su celebración en cualquier otro momento dentro del plazo máximo de diez meses.

¿PUEDEN CELEBRARSE JUNTAS GENERALES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA?

Aunque el RD Ley parezca contemplar como simple posibilidad el hecho de que "la junta no pudiera celebrarse" como consecuencia de las "medidas impuestas por las autoridades públicas" [art.41.1.d).ii)], en la actual situación de estado de alarma debe entenderse que no es posible celebrar juntas físicas y presenciales con asistencia -entre otros- de los accionistas, de sus representantes y de los administradores. A diferencia de los consejos de administración y sus comisiones, el desplazamiento para participar en una junta no parece encontrar cobertura en ninguna de las excepciones a las prohibiciones de circulación previstas en el RD de Alarma (art.7), lo que impide -hay que entender- la celebración de cualquier reunión física.

Por este motivo, y dado que la declaración del estado de alarma afecta a todo el territorio nacional (art.2 del RD de Alarma), produce sorpresa el supuesto previsto en el artículo 41.1.d).i) del RD Ley: que la junta se hubiera constituido válidamente en el lugar y sede previstos en la convocatoria pero que no pudiera celebrarse por causa de las medidas impuestas por las autoridades públicas, en cuyo caso "podrá acordarse por esta continuar la celebración en el mismo día en otro lugar y sede dentro de la misma provincia, estableciendo un plazo razonable para el traslado de los asistentes". Entre otros muchos comentarios que suscita esta regla, es dudoso que una junta convocada antes del estado de alarma pueda constituirse válidamente en la sede física prevista en atención a las restricciones a la circulación derivadas del estado de alarma, ni menos aún que los asistentes pudieran trasladarse en tal caso el mismo día a otro lugar dentro de la misma provincia para proseguir con la celebración de la junta.

La junta general sí podría celebrarse en cambio, como ha sido indicado, "por **vía exclusivamente telemática**, esto es, sin asistencia física de los socios o de sus representantes", en los términos del RD Ley [art.41.1.d)], siempre que se permita la asistencia telemática y la posibilidad de ejercitar o de delegar el voto por medios de comunicación a distancia. En estos casos, los administradores, que están legalmente obligados a asistir a las juntas generales (art.180 LSC), podrán hacerlo por audioconferencia o videoconferencia [art.41.1.d) del RD Ley]. Incluso el notario, en los casos en que se levante acta notarial de la junta, "podrá utilizar medios de comunicación a distancia en tiempo real que garanticen adecuadamente el cumplimiento de la función notarial (art.40.7 del RD Ley).

CONTACTOS



**Javier García de
Enterría**
Socio

T +34 91 590 4102
E javier.garciadeenterría
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110,
28046 Madrid, Spain

© Clifford Chance 2020

Clifford Chance, S.L.P.U.

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing •
Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai •
Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul •
London • Luxembourg • Madrid • Milan •
Moscow • Munich • Newcastle • New York •
Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo •
Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney •
Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement
with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm
in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship
with Redcliffe Partners in Ukraine.