

**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
(Aspectos mercantiles)
«BOE» núm. 303, de 18 de noviembre de 2020 [BOE-A-2020-14368]**

MEDIDAS EN MATERIA DE SOCIEDADES, MERCADO DE VALORES Y CONCURSAL-PRECONCURSAL

El RD-Ley 34/2020, de 17 de noviembre, contiene una serie de medidas que afectan a distintas ramas del Derecho mercantil, en concreto al Derecho de sociedades mercantiles (artículo 3), al Derecho del mercado de valores (Disp. Final 6.^ª) y al Derecho concursal y preconcursal (Disp. Final 10.^ª), medidas de las que damos cuenta en esta crónica.

1. ARTÍCULO 3. MEDIDAS EXTRAORDINARIAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

El art. 3 RDL 34/ 2020 consta de tres apartados. El art. 3.1 RDL 34/2020 introduce normas de Derecho especial relativas al régimen del derecho de asistencia telemática de los accionistas a las juntas generales y a la celebración telemática de las juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones. Por su parte, el art. 3.2 se ocupa de las especialidades en materia de celebración telemática de las juntas o asambleas de socios o asociados de las demás personas jurídicas de Derecho Privado. El último apartado del art. 3, el art. 3.3 EDL 34/ 2020, consagra la validez de las reuniones de los patronatos de las fundaciones que se celebren telemáticamente.

En virtud de lo establecido en el art. 3.1 RDL 34/2020 se introduce una previsión normativa especial y de vigencia limitada, durante el año 2021, por la que el legislador se ocupa de un supuesto no contemplado 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 (TRLSC) como es el relativo a la celebración telemática de la junta general.

En efecto, el TRLSC contempla la posibilidad de que el socio participe telemáticamente en la junta general de la sociedad anónima (arts. 182, 189 y 521 TRLSC). Se admite entonces por el legislador la posibilidad de que el socio pueda decidir, cuando así estuviese contemplado en los estatutos de la sociedad anónima, la modalidad telemática para ejercer su derecho de asistencia y voto en la junta general que, en todo caso, se celebra con carácter presencial. Esto es, con la asistencia física de otros socios.

La celebración virtual de la junta supone que la reunión tenga lugar sin la presencia física de los socios (así sucede igualmente en el caso de la celebración de la junta por escrito y sin sesión).

En la norma especial que se acoge en el art. 3 del RDL 34/2020 para el año 2021 cabe discriminar entre dos situaciones que se hacen depender del concreto tipo social. Esto es, de si la sociedad se trata de una sociedad anónima o bien se trata de una sociedad de responsabilidad limitada o comanditaria por acciones.

Para las sociedades anónimas, art. 3.1.a RDL 34/2020, la novedad que introduce la norma especial se ciñe al reconocimiento de que también en ausencia de previsión estatutaria los socios pueden asistir telemáticamente a la junta. En todo caso, el ejercicio de esta posibilidad de asistencia telemática del socio a la junta continúa sujeta a las exigencias derivadas de los arts. 182 y 189 TRLSC para las sociedades no cotizadas y del art. 521 para las sociedades cotizadas. No se ha introducido en el RDL 34/2020, por tanto, para la sociedad anónima la posibilidad de que la junta general se celebre telemáticamente en ausencia de previsión estatutaria (el art. 3.1.a prevé, igualmente, la validez de la junta que se celebre en cualquier lugar del territorio nacional).

En relación a cualquier otro tipo de sociedad de capital de las contempladas en el art. 1 del TRLSC, sociedad de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones, se admite la posibilidad, también en ausencia de previsión estatutaria, de que la junta general se celebre *por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple*. Así pues se admite, también en caso de silencio en los estatutos sociales, que la junta/reunión pueda celebrarse sin la presencia física de los socios. No sucede lo mismo, sin embargo, en relación a las sociedades anónimas. En cuyo caso para la admisión de la celebración de junta telemática habrá necesariamente de contarse con la autorización estatutaria previa.

Cabe concluir, por tanto, que en caso de que concurra la correspondiente previsión estatutaria cualquier sociedad de capital podrá celebrar su junta general telemáticamente (art. 23 TRLSC), si bien para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones la posibilidad de que la junta se celebre telemáticamente aun en caso de silencio estatutario se admite durante el año 2021.

El art. 3.1.b RDL 34/2020 continúa enunciando un conjunto de requisitos necesarios para que la junta general se celebre válidamente. Así se exige que «todas las personas que tuvieran derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico». Por su parte, los arts. 3.2 y 3.3 RDL 34/2020 extienden durante el 2021 la posibilidad de celebración telemática a las juntas o asambleas de asociados o de socios del resto de las personas jurídicas de Derecho Privado y a las reuniones de los patronatos de las fundaciones. Estas dos disposiciones prevén, igualmente, que para la válida celebración telemática de las reuniones en los términos acogidos por la normativa especial hayan de concurrir las exigencias que se enumeran en el art. 3.1.b RDL 34/2020 i.f.

2. DISPOSICIÓN FINAL 6.ª RD-LEY 34/2020

El Título II del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV) se ocupa de la concreción del régimen jurídico a que se sujeta la actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). Concretamente en su capítulo II, en que se inserta el art. 28.1.a que ha sido objeto de modificación por la Disposición final 6.ª RD-Ley 34/2020, se recogen las disposiciones relativas a su configuración orgánica. El art. 28 TRLMV recoge con carácter taxativo las causas por las que tiene lugar el cese del presidente, del vicepresidente y de los consejeros de la CNMV. En virtud de la modificación introducida por la norma objeto de esta reseña se prevé que, finalizado el período para el que fueron nombrados el presidente o en su caso el vicepresidente cesarán en sus cargos. Sin perjuicio de ello se introduce como novedad la referencia expresa a la circunstancia de que, no obstante lo anterior, el presidente o vicepresidente cuyo mandato se hubiera cumplido «continuará en el ejercicio de sus funciones hasta el nombramiento de quien hubiera de sucederle».

Por otro lado, en la Disposición final 6.ª RD-Ley 34/2020 también se da nueva redacción al art. 77.3.I TRLMV. En este precepto se impone a las sociedades emisoras cuyas acciones se negocian exclusivamente en un sistema multilateral el deber de instar la admisión de la negociación de sus acciones en un mercado regulado. Con anterioridad a la modificación que ahora se introduce, el nacimiento de este deber se hacía depender de una exigencia temporal y otra cuantitativa. Así este imperativo legal surgía cuando, durante un período continuado de seis meses, la capitalización de las acciones que se estuvieran negociando exclusivamente en un sistema multilateral superase los quinientos millones de euros. Esta referencia cuantitativa se incrementa ahora a mil millones de euros. Se eleva, por tanto, el umbral de capitalización a partir del cual una sociedad está obligada a solicitar que la negociación de sus acciones pase de realizarse exclusivamente en un mercado PYME en expansión a realizarse en un mercado regulado. En la exposición de motivos del RD-Ley 34/2020 se presenta esta medida como un incentivo para el desarrollo de los mercados de financiación *equity* alternativos. Se considera que este incremento «estimulará la profundidad y liquidez de los mercados PYME en expansión y aumentará su atractivo, lo cual redundará en mayores recursos para estas empresas y contribuirá a fomentar la variedad de fuentes de financiación a su disposición».

3. DISPOSICIÓN FINAL 10.ª RD-LEY 34/2020

Las previsiones contenidas en la Disposición Final 10.ª RDL 34/2020 tienen por objeto extender los plazos de aplicación de la normativa especial contenida en materia concursal y preconcursal introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril,

de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia que, posteriormente, tras la correspondiente tramitación parlamentaria, fueron confirmadas con la aprobación de 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.

Las previsiones contenidas en la Disposición final 10.^a RD-Ley 34/2020 modifican las disposiciones contenidas en los arts. 3, 5 y 6 de la Ley 3/2020. Estos preceptos establecen un régimen especial relativo, respectivamente, a la modificación del convenio concursal y de los acuerdos de refinanciación (art. 3 Ley 3/2020); a los acuerdos extrajudiciales de pagos, art. 5 Ley 3/2020, y a la configuración del deber de instar el concurso que pesa sobre el deudor que se encuentra en estado de insolvencia (art. 6 Ley 3/2020).

En el primero de los preceptos referidos, art. 3 Ley 3/2020, se instaura un régimen especial que se orienta a facilitar la modificación del convenio alcanzado entre el deudor y sus acreedores cuyo cumplimiento pueda verse afectado por el escenario económico resultante de la pandemia. Se trata, en definitiva, de prevenir la apertura de la fase de liquidación como consecuencia necesaria de la firmeza de la declaración judicial de incumplimiento del convenio (art. 409.1.5.^o Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, TRLC). Para ello se prevé la suspensión de la tramitación de las declaraciones de incumplimiento de la solución negociada del concurso en ejecución a los efectos de que pueda promoverse la modificación del convenio. Se trata con ello de preservar y favorecer la continuidad de la empresa convenida. Estas mismas disposiciones se aplican para prevenir el concurso consecutivo en caso de incumplimiento de los acuerdos de refinanciación en virtud de lo establecido en el art. 3.5 Ley 3/2020.

Se amplía en virtud de las previsiones que se contienen en la Disposición Final 10.^a RD-Ley 34/2020 el alcance temporal de las medidas de inadmisión a trámite de la declaración de incumplimiento del convenio recogidas en el art. 3 de la Ley 3/2020 que, como es sabido, se subordinan a la negociación de un nuevo convenio. El régimen vigente hasta el 31 de octubre de 2020 sigue aplicándose a la tramitación de las solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio que se presenten entre el 31 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021.

Así pues se prevé, tanto para los supuestos de incumplimiento del convenio en fase de ejecución como para los acuerdos extrajudiciales de pagos (art. 3.5 Ley 3/2020), que

[E] juez dará traslado al concursado de cuantas solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio se presenten por los acreedores entre el 31 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurran tres meses a contar desde la última fecha indicada. Durante esos tres meses el concursado podrá presentar propuesta de modificación de convenio, que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento.

En relación a los acuerdos de refinanciación se modifica el art. 5 Ley 3/2020 y se añade un nuevo párrafo al objeto de extender el régimen vigente hasta el 31 de octubre de 2020 a las solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos que se presenten entre el 31 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021. Así pues, el juez dará traslado al deudor de cuantas solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación se presenten por los acreedores durante el referido período temporal. Sin embargo, el juez no las admitirá a trámite en tanto en cuanto no transcurra un mes desde la última de las fechas señaladas. Durante ese mes el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo homologado que tuviera en vigor o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación. Si en un plazo de tres meses desde la comunicación al juzgado el deudor no hubiera alcanzado un acuerdo de modificación del que estuviera en vigor u otro nuevo, el juez admitirá a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores con lo que, en su caso, quedaría abierta la posibilidad de declaración del correspondiente concurso consecutivo.

Por último, se amplía la moratoria en lo que al deber de solicitud de declaración del concurso que pesa sobre el deudor que se encuentre en situación de insolvencia. En la redacción originaria de la Ley 3/2020 esta moratoria se extendía desde la fecha de la declaración del primer estado de alarma, 14 de marzo de 2020 hasta 31 de diciembre de 2020. Tras la modificación que incorpora el RD-Ley 34/2020, la norma especial prevé que el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de instar el concurso, haya o no comunicado al juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para alcanzar una propuesta anticipada de convenio hasta el día 14 de marzo de 2021, un año después de la declaración del primer estado de alarma.

Esta moratoria que establece la norma especial en relación a la conformación del deber que pesa sobre el deudor de instar su concurso en los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia actual conforme a las disposiciones ordinarias (art. 5.1 TRLC) supone que la exigibilidad del deber resultante de la norma general se suspende. A partir del 14 de marzo de 2021 se inicia el cómputo de los dos meses para que el deudor que a la referida fecha conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia actual ha de solicitar su declaración de concurso. Transcurrido el referido período de tiempo sin que el deudor hubiera presentado su solicitud de concurso voluntario, en caso de que llegase a abrirse la sección de calificación en su concurso devendría aplicable la presunción relativa de concurso culpable que se recoge en el art. 444.1 TRLC.

El precepto modula, igualmente, el deber que pesa sobre el deudor, insolvente o no, que hubiera iniciado con sus acreedores negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o una propuesta anticipada de

convenio. Conforme a las previsiones generales resultantes del TRLC, el deudor que, dentro de los tres meses a contar desde la comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones o dos meses si fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario, 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 (art. 595 TRLC). Cabrá entender, por tanto, que el cómputo del mes hábil dentro del que el deudor empresario o los dos meses dentro de los que el deudor persona natural que no tuviera tal condición tiene el deber de instar su concurso en los términos referidos no empieza a computarse sino desde el 14 de marzo de 2021.

Sin perjuicio de que se haya establecido la referida moratoria en lo que al deber que pesa sobre el deudor de instar su concurso, nada obsta para que con anterioridad a la fecha que sirve de referencia para el inicio del cómputo de los plazos en que ha de instar su concurso pueda igualmente solicitar su declaración. Se prevé que en el supuesto en que esta solicitud de declaración de concurso se presente con anterioridad al 14 de marzo de 2021, su solicitud de tramitación de concurso voluntario habrá de tramitarse con anterioridad a cualquier otra solicitud de concurso necesario (art. 6.1.2 i.f. Ley 3/2020 modificado por la Disposición Final 10.ª RD-Ley 34/2020).

Enlazando con la anterior afirmación, cabe, no obstante, plantearse cuál haya de ser el tratamiento que las reglas especiales de ordenación de la insolvencia dispensan para la tramitación del concurso necesario. En efecto, como se sabe, no solo está legitimado para instar la declaración de concurso el deudor que se encuentre en un estado de insolvencia actual o inminente, sino también sus acreedores (art. 3.1 TRLC). En relación a las solicitudes de concurso necesario, en virtud del RD-Ley 34/2020 se modifica lo previsto en el art. 6.2 Ley 3/2020 y, de este modo, se sanciona que «[H]asta el 14 de marzo de 2021, inclusive, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde el 14 de marzo de 2020».

Se advertía anteriormente que la solicitud de concurso presentada por el deudor tiene preferencia sobre las solicitudes de declaración de concurso necesario, siempre y cuando el concurso voluntario hubiese sido instado con anterioridad al 14 de marzo de 2021. Ahora bien, una interpretación coordinada de las disposiciones contenidas en el art. 6.2 Ley 3/2020 habrá de llevarnos a concluir que esta última regla de tratamiento procesal preferente a la solicitud de declaración de concurso del deudor no aplica en relación a los concursos necesarios que se estuvieran tramitando con anterioridad a la declaración del primer estado de alarma el 14 de marzo de 2020. Ello es así toda vez que a estos efectos estos concursos no quedan sujetos a las especialidades acogidas por la Ley 3/2020.

Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza
imoral@unizar.es