

Comunicado del Colegio de Registradores y de la CNMV sobre la modificación de la propuesta de aplicación del resultado de las sociedades mercantiles como consecuencia de la crisis (COVID-19)

Reyes Palá Laguna

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo Abogados

1. Introducción

El 26 de marzo a las 14:54 se ha difundido a través de la web de la CNMV un Comunicado conjunto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y el Colegio de Registradores de España "en relación con las cuentas anuales y la propuesta de aplicación del resultado de sociedades mercantiles en el contexto de la crisis sanitaria derivada del COVID-19". A las 17:30 se ha subido a la web del supervisor una versión revisada.

En el Comunicado se parte de la base de que "la situación derivada de la crisis sanitaria del COVID-19 es una circunstancia absolutamente extraordinaria que normalmente no ha sido tomada en cuenta por las entidades" a la hora de cumplir con el mandato del artículo 253.1 de la Ley de sociedades de capital (LSC): "los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las

cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados".

Pese a que el título del Comunicado hace referencia a las sociedades mercantiles sin distinción, creemos que su alcance queda limitado a las sociedades anónimas sobre las que la CNMV tiene competencias, esto es, las sociedades cotizadas en las bolsas de valores o en el mercado alternativo bursátil (v. art. 17 del Texto refundido de la Ley del mercado de valores). Sin perjuicio de ello, no quede del todo claro el ámbito subjetivo del Comunicado: tal y como está redactado, pudiera pensarse que es de aplicación a todas las sociedades mercantiles, como indica su título y da a entender a veces el texto cuando se refiere al "órgano de administración" y no al consejo, sistema obligado para las cotizadas en bolsa *ex art. 529 bis LSC*. Quizá los Registradores mercantiles haya acudido a la vía de un comunicado conjunto de la CNMV por la publicidad que les otorga la página web del supervisor financiero y, de esta manera, *adelantar su opinión* respecto a la reformulación de las cuentas anuales de las sociedades mercantiles por causa de la crisis sanitaria y la declaración del estado de alarma. O quizá se pretenda cubrir la laguna del artículo 41 del Real Decreto Ley 8/2020 que únicamente es aplicable a las sociedades cotizadas en mercados regulados y no a las cotizadas en sistemas multilaterales de negociación – como es el Mercado Alternativo Bursátil –, para de esta forma incluir a todas las anónimas españolas cotizadas en mercados de valores nacionales o de la Unión Europea.

El punto más problemático es obviamente el relativo a la propuesta de aplicación del resultado. Alguna cotizada comunicó a la CNMV en enero la propuesta del consejo de administración de aumentar el dividendo por acción en 2019, sujeto a la aprobación de la junta de accionistas de abril de este año (hecho relevante 286279) para abonar un segundo dividendo a cuenta, y, con posterioridad, ha informado de la decisión del consejo de consolidar cualquier pago de dividendo correspondiente a 2020 en un solo abono a realizar en el año 2021, así como de la proposición a la junta de abril de la cuantía final a pagar "una vez que conozca el impacto que haya tenido la pandemia" (información privilegiada núm. 111). Una gran entidad de crédito ha anunciado la desconvocatoria de la junta prevista para el 3 de abril en segunda y la dejación sin efecto de la propuesta de aplicación del resultado a aprobar en esta junta (información privilegiada núm. 119). Previsiblemente no van a ser las únicas cotizadas que se vean obligadas a revisar la propuesta de aplicación de resultado acordada por el consejo de administración que ha de ser sometida a aprobación en la junta general ordinaria de 2020.

Como se indica en el Comunicado conjunto del Colegio de Registradores de España y la CNMV, "aunque ni el art. 253 ni el art. 160 [art. 160: "es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social"] exigen la formulación por el consejo, o la aprobación por la junta, de todos estos asuntos simultáneamente, eso es lo habitual". Y por ello, el Colegio de Registradores y el supervisor financiero consideran que las entidades pueden, entre otras alternativas, optar por las que se ofrecen en el comunicado y que distinguen entre si la junta hubiera sido convocada o no con anterioridad a la declaración del estado de alarma.

El punto de partida es la consideración por el órgano de administración, a la vista de la situación generada por el COVID-19, de la necesidad de modificar la propuesta de aplicación del resultado incluida en la memoria. Ello implica la reformulación de las cuentas anuales de manera que se someta a la junta general la aprobación de las cuentas con la nueva propuesta de aplicación del resultado. El Comunicado recuerda el artículo 38 c) del Código de comercio que obliga a reformular las cuentas anuales en el caso de riesgos conocidos entre la formulación y antes de la aprobación de las cuentas anuales que afecten de forma muy significativa a la imagen fiel de la empresa, lo que va a suceder en un buen número de casos. Y se cita la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital, en concreto, su artículo 25 ("Reformulación: Si una vez formuladas las cuentas anuales del ejercicio los administradores acuerdan su reformulación, en las circunstancias previstas en el artículo 38 letra c) del Código de Comercio, en la memoria de las cuentas anuales se deberá incluir toda la información significativa sobre los hechos que han motivado la revisión de las cuentas inicialmente formuladas, sin perjuicio de los cambios que se deban introducir en los restantes documentos que integran las cuentas anuales de acuerdo con la norma de registro y valoración sobre hechos posteriores al cierre del ejercicio del Plan General de Contabilidad o del Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas").

2. Juntas ya convocadas: modificación de la propuesta de aplicación del resultado

a) Si fuera necesario reformular la propuesta de aplicación del resultado, se lee en el Comunicado que "la reformulación obligaría a desconvocar la junta por razones de fuerza mayor", remitiéndose el texto en este punto al artículo 40.6 *in fine* del Real Decreto-Ley 8/2020, que establece los requisitos de la desconvocatoria de la junta y la obligación del órgano de administración de convocar nueva junta "dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiera finalizado el estado de alarma". Los Registradores de España y la CNMV entienden que este artículo 40.6 *in fine* "es aplicable a entidades cotizadas y no cotizadas". La CNMV se pronuncia, pues, acerca de la posibilidad de que las sociedades cotizadas puedan acogerse a la desconvocatoria de la junta expresamente prevista en el artículo 40.6, desconvocatoria de la junta a la que se hace referencia el Real Decreto Ley 8/2020 para las sociedades cotizadas en el artículo 41. d) (ii). ("si la junta no pudiera celebrarse, la celebración de la misma en ulterior convocatoria podrá ser anunciada 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 para la reunión").

La afirmación del Comunicado conjunto de que el artículo 40.6 *in fine* es aplicable también a las sociedades cotizadas, obliga a interpretar la referencia los plazos en los que se ha de celebrar la junta desconvocada en la sociedad cotizada, ya que el art. 40.6 *in fine* impone a los administradores la obligación de convocar nueva junta dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiera finalizado el estado de alarma, mientras que el artículo 41 d) únicamente prevé que la junta general ordinaria de accionistas podrá celebrarse dentro de los diez primeros meses del ejercicio social. Muy probablemente el deseo de resolver algunos casos concretos de juntas ya

convocadas en cotizadas indujo al gobierno en el Real Decreto Ley 8/2020 a regular de esta manera la desconvocatoria de la junta de la cotizada (por no poder celebrarse debido a las restricciones de movilidad imperantes durante el estado de alarma) en el caso de que la cotizada, tuviera o no estatutariamente prevista la posibilidad de asistencia por medios telemáticos y voto a distancia, no pudiera acogerse a estos mecanismos.

Dado que el Comunicado expresa la intención de Registradores y CNMV de entender aplicable el art. 40.6 *in fine* a todas las sociedades cotizadas, aunque no estemos del todo de acuerdo con tal opinión, puesto que la rúbrica de los artículos 40 y 41 indican lo contrario, parece de buen sentido entender que, desconvocada una junta general ordinaria por la cotizada al no poder celebrarse por el estado de alarma, el consejo de administración dispondrá del plazo de un mes desde que cese el estado de alarma para convocar nueva junta general ordinaria, siempre que sea necesario reformular la propuesta de aplicación del resultado y no haya podido celebrarse la junta por medios íntegramente telemáticos conforme a la posibilidad que ofrece el art. 41 d) ii) del Real Decreto Ley 8/2020. (v. al respecto el Análisis de Palá Laguna y Guerra Martín, "La celebración telemática de la junta y los acuerdos del consejo de las sociedades anónimas cotizadas como consecuencia del estado de alarma. La demora en la IPP"). Habrá de respetarse la fecha límite (31 de octubre de 2020, con carácter general) para celebrar la junta ordinaria. El artículo 40 ("Medidas extraordinarias aplicables a las personas jurídicas de Derecho privado") sería por tanto la norma general y el art. 41 ("Medidas extraordinarias aplicables a los órganos de gobierno de las sociedades anónimas cotizadas") la regla especial aplicable a las sociedades cotizadas en bolsa o que emitan valores admitidos a negociación en un mercado regulado –en terminología anterior a la transposición de la MiFID II, "mercado secundario oficial"– de la Unión Europea.

b) Creemos que el apartado 3 del Comunicado también está redactado pensando en las sociedades cotizadas con juntas convocadas –aunque no vemos inconveniente en extenderlo a las sociedades no cotizadas–, ya que se hace referencia a la "existencia de delegaciones y votos ya conferidos o emitidos en favor de la propuesta incluida en la convocatoria", lo que es predicable con mayor frecuencia en las juntas de las sociedades cotizadas. El supuesto al que hace referencia este apartado tercero del Comunicado es a la posibilidad –que no obligación– de que el órgano de administración (si no se dice "consejo de administración" es un argumento en favor de su aplicación a las no cotizadas) pueda optar igualmente por proponer el diferimiento de la decisión sobre la propuesta de aplicación del resultado contenida en la convocatoria a una junta posterior, "que deberá celebrarse dentro del plazo previsto legalmente para la celebración de la junta ordinaria (plazo ampliado por el RDL 8/2020)". Si se entiende únicamente aplicable a las cotizadas, el plazo será de diez meses como máximo. Si el alcance del apartado es general, el órgano de administración habrá de convocar nueva junta en el mes siguiente a la fecha de finalización del estado de alarma (art. 40.6 *in fine* Real Decreto Ley 8/2020).

Entienden los Registradores de España y la CNMV que en la junta ya convocada sólo cabe proponer el retraso en la decisión sobre la política de aplicación del resultado por existir delegaciones de voto y votos ya emitidos en favor de la propuesta incluida en la convocatoria. Se añade (aunque no era necesario) que "la nueva junta que se convoque podrá incluir una

PAR [política de aplicación del resultado] distinta de la que incorporaba la convocatoria de la primera junta", ya que "el objeto del diferimiento en la decisión es precisamente poder adaptar la misma al nuevo contexto". Si el órgano de administración opta por esta opción, rigen los mismos requisitos de justificación, escrito del auditor de cuentas y publicidad previstos para el caso de juntas no convocadas con sustitución de la propuesta de aplicación del resultado contenida en las cuentas anuales a los que nos referimos en el epígrafe siguiente. La decisión del diferimiento de la propuesta de la política de aplicación del resultado, al sustituirse por una nueva, ha de publicarse "no más tarde de la constitución de la junta convocada", y la información complementaria que incluye la justificación del nuevo contexto y los cambios acaecidos en las circunstancias económicas y sanitarias y el escrito del auditor de cuentas antes mencionado, habrán de publicarse "antes de la nueva junta que se convoque a tal efecto". No se concreta el plazo para la publicación de esta información complementaria, por lo que se ha de entender que es de aplicación la Ley de sociedades de capital y, si fuera cotizada, el régimen de comunicación de información privilegiada y otra información relevante aplicable desde enero de este año.

El comunicado termina con dos precisiones: la primera, de carácter contable, indica que el resultado contable neto se llevará a cubrir pérdidas o a remanente (Resultados Pendientes de aplicación, cuenta 120 de "Remanente" del Plan General de Contabilidad).

La segunda, de carácter registral y a efectos del depósito de cuentas: la certificación del órgano de administración deberá hacer constar la no aprobación de la propuesta de aplicación de resultados, con remisión expresa al artículo 378.5 del Reglamento del Registro mercantil (art. 378.5. "Si las cuentas anuales no se hubieran depositado por no estar aprobadas por la Junta general, no procederá el cierre registral cuando se acredite esta circunstancia mediante certificación del órgano de administración con firmas legitimadas, en la que se expresará la causa de la falta de aprobación o mediante copia autorizada del acta notarial de Junta general en la que conste la no aprobación de las cuentas anuales. Para impedir el cierre, la certificación o la copia del acta deberá presentarse en el Registro Mercantil antes de que finalice el plazo previsto en el apartado primero de este artículo, debiendo justificarse la permanencia de esta situación cada seis meses por alguno de dichos medios. Estas certificaciones y actas y las posteriores que, en su caso, se presenten reiterando la subsistencia de la falta de aprobación serán objeto de inscripción y de publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil»")

Como resumen de lo expuesto, la sociedad que se ve obligada a modificar la propuesta de aplicación del resultado cuenta con dos posibilidades, de acuerdo con el Comunicado: a) desconvocar la junta por razones de fuerza mayor o, b) no desconvocarla y proponer el retraso de la decisión sobre la política de aplicación del resultado a una junta posterior.

3. Juntas no convocadas con acuerdo de formulación de cuentas por el órgano de administración

En el Comunicado se permite, en el caso de modificación de la propuesta de aplicación del resultado, por "resultar especialmente gravoso" exigir la reformulación de las cuentas anuales y una nueva auditoría de cuentas (de ser ésta legal o estatutariamente exigible), la sustitución de

la propuesta de aplicación del resultado contenida en la memoria de las cuentas anuales por otra propuesta alternativa y ajustada a la situación de crisis sanitaria derivada del COVID-19 que apruebe el órgano de administración. El Comunicado de los Registradores de España y la CNMV nada dice acerca de los plazos en los que haya de celebrarse la junta general ordinaria. Puesto que la junta aún no ha sido convocada, como ya hemos indicado en el *Análisis* citado no vemos inconveniente en que la junta se convoque con independencia de las previsiones del artículo 40 y 41 del Real Decreto Ley 8/2020 siempre que la sociedad cuente con medios que le permitan la celebración de la junta por medios telemáticos. La celebración de una junta íntegramente virtual u *on line* sólo está expresamente prevista en el artículo 41 del Real Decreto Ley 8/2020, esto es, para las sociedades cotizadas.

El Comunicado precisa que, aunque no sea necesaria una nueva auditoría de cuentas para las sociedades obligadas a tal deber, la nueva propuesta del órgano de administración que adapta la propuesta de aplicación del resultado a la situación derivada de la crisis sanitaria, "deberá justificar el nuevo contexto y los cambios recientes acaecidos en las circunstancias económicas y sanitarias, e ir acompañada de un escrito del auditor de cuentas, en el que se indique que el cambio no habría modificado su opinión de auditoría si hubiera conocido en el momento de su firma la nueva PAR" (propuesta de aplicación del resultado).

En el punto 2 del Comunicado se establece la obligación para las cotizadas de hacer pública la nueva propuesta y el escrito del auditor como información complementaria a las cuentas anuales "tan pronto como se aprueben" (se entiende por el consejo) en la web de la entidad y en la de la CNMV por los canales y con los requisitos establecidos por el supervisor, de acuerdo con el régimen de comunicación de "Otra Información Relevante" o, en función del caso concreto, como "Información Privilegiada".