

CIRCULAR 10

En el compromiso de mantener permanentemente informados a nuestros clientes de las principales modificaciones y novedades legislativas que se vayan produciendo durante el Estado de Alarma, así como de cuantas cuestiones de interés pudieran afectar a su actividad empresarial, profesional o comercial, a continuación detallamos las más importantes producidas durante la semana del 7 al 13 de abril.

I. EN MATERIA CIVIL, MERCANTIL Y ADMINISTRATIVA

1. Novedades y modificaciones legislativas.

1.1. En materia transporte.

a) Orden TMA/400/2020, de 9 de mayo, por la que se establecen las condiciones a aplicar en la fase I de la desescalada en materia de movilidad y se fijan otros requisitos para garantizar una movilidad segura.

Entre las principales medidas establecidas por esta orden cabe señalar:

- El nivel de servicios **de transporte ferroviario en cercanías de competencia estatal** irá aumentando su oferta progresivamente hasta recuperar el 100% de los mismos, teniendo en cuenta la necesidad de ajustar la oferta de servicios a la demanda previsible y procurar la máxima separación posible entre los pasajeros.
- Medidas a aplicar a las conexiones aéreas de la Comunidad Autónoma de Canarias y restablecimiento de los servicios marítimos en la Comunidad Autónoma de Canarias y de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.

Concretamente, para el modo aéreo, y atendiendo a la situación específica de los archipiélagos Canario y Balear, se considera necesario establecer condiciones que permitan que los operadores puedan ampliar progresivamente su oferta de vuelos para dar respuesta a las necesidades de movilidad entre las islas, todo ello, adoptando las necesarias medidas de seguridad.

En el transporte marítimo, se plantea la necesidad de adaptar las condiciones de prestación de los servicios de transporte marítimo de pasajeros interinsulares. Además, en el caso del archipiélago balear se restablecen los servicios marítimos con la península. Por otra parte, en ambos archipiélagos se determinan las condiciones

bajo las que pueden desarrollarse la navegación de recreo y determinadas actividades conexas.

- Condiciones para el ejercicio de la navegación de recreo o deportiva y otras actividades aeronáuticas de recreo.

Concretamente en los territorios de la provincia, isla o unidad territorial de referencia que se determine, en los que de acuerdo con el artículo 3 del Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo y en aplicación del Plan para la desescalada, se acuerde la progresión a la fase I o inicial, se permite:

- La navegación de recreo puede realizarse atendiendo a su consideración como turismo activo y de naturaleza por grupos limitados (actividades culturales y de ocio).
- Los propietarios de embarcaciones o aeronaves que estén amarradas o estacionadas, según corresponda, en un término municipal distinto o no adyacente al de su residencia, pero en la misma provincia o isla, o la persona autorizada por estos, podrán ya efectuar visitas para realizar comprobaciones de seguridad y mantenimiento.

1.2. En materia social, económica y financiera

a) Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

Entre las principales medidas establecidas por esta orden cabe señalar:

- En primer lugar una serie de medidas para garantizar la protección de los trabajadores en su puesto de trabajo, así como para evitar la concentración de personas en determinados momentos.
- En el ámbito del **comercio minorista y de prestación de servicios**, se mantiene la apertura de los locales y establecimientos minoristas siempre que tengan una superficie igual o inferior a 400 metros cuadrados, y con excepción de aquellos que se encuentren dentro de parques o centros comerciales sin acceso directo e independiente desde el exterior.
- Asimismo, se permite la reapertura al público los **concesionarios de automoción, las estaciones de inspección técnica de vehículos y los centros de jardinería y viveros de plantas** sea cual fuere su superficie de exposición, así como las **entidades concesionarias de juego público** de ámbito estatal, mediante la utilización de la cita previa.

- Con respecto al desarrollo de las **actividades de hostelería y restauración** se establece la reapertura al público de las terrazas al aire libre de los establecimientos de hostelería y restauración. La ocupación máxima permitida será de diez personas por mesa o agrupación de mesas, limitándose al cincuenta por ciento el número de mesas permitidas con respecto al año inmediatamente anterior. Asimismo, se regulan las necesarias medidas de prevención e higiene a adoptar.

1.3. Otras normas e instrucciones de interés.

a) Orden APA/392/2020, de 28 de abril, por la que se establece, para la campaña 2019, el límite máximo presupuestario del régimen simplificado para pequeños agricultores.

El mismo se dicta al amparo de lo previsto en el artículo 4.1 del Real Decreto 1075/2014, de 19 de diciembre, que faculta al titular del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, para establecer el **límite máximo presupuestario del régimen simplificado para pequeños agricultores** y de acuerdo con los principios de necesidad y eficacia, se justifica el proyecto en la necesidad de establecer, para cada campaña, los límites máximos presupuestarios del régimen simplificado para pequeños agricultores.

Asimismo, en aplicación del principio de transparencia han sido consultadas durante la tramitación de la norma las comunidades autónomas, las entidades representativas de los sectores afectados, y se ha sustanciado el trámite de audiencia e información públicas.

b) Cuestiones de interés en materia mercantil y registral.

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL Y ESTADO DE ALARMA: PRIMERAS CONSIDERACIONES.

Con este *apunte* no pretendo realizar -tiempo habrá para ello- una inicial crítica del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC) -publicado en el «BOE» núm. 127, de 7 de mayo de 2020-. Mi intención es más modesta: a la luz del TRLC, quiero matizar, añadiendo ciertas reflexiones, lo plasmado en dos colaboraciones anteriores escritas para su inclusión en las *Circulares* confeccionadas y publicadas por este bufete de abogados.

Lo que primero que debe advertirse es que, conforme a su *Disposición final segunda. Entrada en vigor*, el presente Real Decreto legislativo y el texto refundido de la Ley Concursal que aprueba entrarán en vigor el 1 de septiembre del año 2020.

A la anterior declaración se ha de añadir que, junto a la publicación del TRLC, “(...) *en el contexto de la crisis sanitaria originada por el COVID-19 también se han adoptado medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia en el ámbito concursal. El ámbito temporal de aplicación de estas medidas es limitado, pues tratan de atender de manera*

extraordinaria y urgente la situación de los procesos concursales tras la finalización del estado de alarma y la situación de las empresas afectadas por la disminución o el cese de actividad motivada precisamente por las consecuencias económicas generadas por la mencionada crisis sanitaria, de modo que durante un cierto período de tiempo ambas normas, texto refundido y normas excepcionales, coincidirán en su aplicación, si bien cada una en su respectivo ámbito (Preámbulo del TRLC, penúltimo párrafo).

En consecuencia, la promulgación del TRLC no implica la derogación de las medidas concursales urgentes que se han aprobado con ocasión de la crisis sanitaria originada por el COVID-19, medidas de las que se ha venido dando cumplida referencia en las *Circulares* redactadas y difundidas por este bufete: temporalmente convivirán ambas normas. Esperemos que esta *convivencia -vigencia simultánea y temporal-* de disposiciones no acarree ni plantee serios problemas interpretativos ni de aplicación.

En un “*apunte*” anterior señalé que en la vigente, hasta el 1 de septiembre de 2020, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal –LC- la protección del crédito del acreedor se erigía en la piedra angular de todo el proceso concursal. Y así, según declara solemnemente la Exposición de Motivos de la LC -apartado II, párrafo 4ª - *la finalidad esencial del concurso es la satisfacción de los acreedores*, esto es, la satisfacción concursal de los acreedores del deudor común, finalidad que vuelve a explicitarse, con otros matices, posteriormente en los apartados II, párrafo 9º y IX, párrafos 1º y 2º, de dicha Exposición.

Maticé, de igual modo, que finalidad esencial del concurso no debía interpretarse como finalidad única del concurso, ni tampoco confundirse con ésta y que, tras algunas reformas de la LC, afloraban otras finalidades del concurso -conservación del tejido empresarial, mecanismo de la segunda oportunidad...- dignas también de un reconocimiento y protección legal: *la satisfacción de los acreedores era la finalidad esencial, aun cuando no única, del concurso.*

Consecuentemente, en estas circunstancias extraordinarias y excepcionales derivadas de la declaración del estado de alarma, la satisfacción de los acreedores como finalidad esencial del concurso -junto con el “interés del concurso- se identificarían con la defensa de los intereses generales. Ello requeriría realizar un ejercicio de congruencia legal al interpretar las normas concursales teniendo presente *la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas-* art. 3.1 del Código civil-.

Pues bien, en el preámbulo del TRLC- penúltimo párrafo- se declara que: “*El Derecho concursal se reivindica como una herramienta fundamental para la conservación de tejido empresarial y empleo; y de ello es consciente el legislador y la propia Unión Europea que ha desarrollado una importante iniciativa normativa a través de Directivas como la mencionada inmediatamente antes. Esta finalidad conservativa del Derecho concursal se manifiesta no solo a través de normas con vocación de permanencia como el presente texto refundido, sino que en*

el contexto de la crisis sanitaria originada por el COVID-19 también se han adoptado medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia en el ámbito concursal”.

Las dudas están despejadas; el 1 de septiembre de 2020 se producirá la mudanza del principio esencial que venía siendo anunciada -ladina, sagazmente- en las anteriores reformas de la LC: de la satisfacción de los acreedores como finalidad esencial del concurso a la finalidad conservativa del tejido empresarial y empleo: el Derecho Concursal reivindicado como fundamental herramienta dirigida al cumplimiento de tal finalidad.

Si interpretar la Ley, en última instancia, consiste en llevar la norma a la realidad, a partir de ahora los denominados “operadores jurídicos” -expresión actual que me desagradaba- deberán descifrar los preceptos e integrar las lagunas del TRLC teniendo muy presente que la finalidad del concurso se ha trastocado profundamente, radicalmente.

En otra colaboración, dediqué unas páginas al análisis del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos y su aplicación durante el estado de alarma, centrándome en el mediador concursal - y su designación, conformidad y retribución- como figura fundamental de este procedimiento preconcursal.

El TRLC en su Disposición derogatoria única -*Derogación normativa*- procede a derogar los artículos 1 a 242 *bis* de la LC. El acuerdo extrajudicial de pagos se disciplina en los artículos 231 a 242 *bis* LC.

Son los artículos 631 a 694 ubicados en el Título III- *Del acuerdo extrajudicial de pagos*- del Libro II -*Del derecho preconcursal*- los que regulan, a partir del 1 de septiembre de 2020, este expediente. Expongo, en apretada síntesis, su disciplina, concretamente la referida al nombramiento, aceptación y retribución del mediador concursal (arts. 638, 641, 642, 643, 645, 647, 648, 653, 654 TRLC).

- 1º.** La competencia para el nombramiento de mediador concursal corresponde al receptor de la solicitud (Notario, Registrador Mercantil, Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España y cualquier Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación que, de conformidad con la normativa por la que se rija, haya asumido funciones de mediación.
- 2º.** El nombramiento del mediador concursal deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la solicitud.
- 3º.** Cuando el deudor fuera persona natural no empresario, el notario receptor de la solicitud podrá asumir la condición de mediador, salvo oposición del deudor. Reglamentariamente se determinará el régimen de responsabilidad de los notarios que intervengan como mediadores en los acuerdos extrajudiciales de pagos.
- 4º.** El nombramiento de mediador concursal habrá de recaer en la persona a la que de forma secuencial le corresponda.

- 5º. La cuantía de la retribución se fijará en la resolución en la que se le nombre; reglamentariamente se determinarán las reglas para el cálculo de la retribución del mediador concursal. En todo caso, la retribución a percibir dependerá del tipo de deudor, de su pasivo y activo y del éxito alcanzado en la mediación.
- 6º. La aceptación del mediador concursal deberá tener lugar dentro de los cinco días siguientes al de recibo de la resolución de nombramiento; la falta de aceptación dentro de plazo determinará la caducidad del nombramiento.
- 7º. Aceptado el cargo por el mediador, el Notario, el Registrador o la Cámara Oficial comunicará al Juzgado competente para la declaración de concurso del solicitante el propósito del deudor de negociar con los acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos,
- 8º. Si el deudor fuera persona natural no empresario, las actuaciones notariales o registrales descritas en este capítulo no devengarán retribución arancelaria alguna.
- 9º. En todo lo no previsto en esta ley en cuanto al nombramiento y a la aceptación del mediador concursal, se estará a lo dispuesto para el nombramiento de expertos independientes.

Me atreví a aventurar, a modo de conclusión, que si se quería realmente una revitalización del acuerdo extrajudicial de pagos en estos momentos de crisis económica, el Legislador tendría que haber adoptado medidas que incentivaran económicamente a los mediadores concursales a la pronta aceptación de los expedientes de dichos acuerdos. No se hizo en 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*, ni ahora, de momento, tampoco en el TRLC, puesto que para la determinación de las reglas que permitan calcular la cuantía de la remuneración del mediador habrá de esperarse al futuro desarrollo reglamentario al respecto (art. 645 -Remuneración del mediador concursal- TRLC).

Como comentaba anteriormente, esperemos y deseemos que la cohabitación temporal de las normas contenidas en el TRLC con las normas excepcionales promulgadas durante el estado de la alarma sea pacífica, aunque tengo dudas. Al respecto, y por lo que aquí interesa, pondré un ejemplo: la vigencia del artículo 17 del Real Decreto Ley 16/2020 -Agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos-, Durante el año siguiente a la declaración del estado de alarma se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al Juzgado"- concluirá el 14 de marzo de 2021 y el TRLC entrará en vigor el 1 de septiembre de 2020: esta agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos proclamada en el precepto, en vigor desde el 14 de marzo de 2020, ¿cómo se podrá coordinar y articular con las disposiciones del TRLC en el período que transcurre desde el 1 de septiembre de 2020 hasta el 14 de marzo de 2021? Veremos...

Acabo este *apunte*, con pluma, *rectius* palabra ajena. Asistí a la conferencia inaugural del curso 2011-2012, celebrada el 28 de octubre de 2011 en la Real Academia Sevillana de Legislación y

Jurisprudencia, pronunciada por el profesor D. Manuel Olivencia Ruiz, con título “*La reforma de la Ley Concursal*”. Al finalizar su disertación, el profesor Olivencia rogó a la audiencia que no considerara una frivolidad impropia de la solemnidad del acto la cita de un humorista. Se refería a una viñeta del genial Mingote:

*“-Parece que hay que reformar las reformas previamente reformadas, aunque poco.
-No sé si los reformadores, aunque reformistas, son lo bastante reformables”*

II.- MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA LABORAL

a) Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.

Entre las medidas sociales en defensa del empleo que establece el RD-ley, destacamos las siguientes:

- Se aprueba la prórroga de los ERTE por fuerza mayor hasta el 30 de junio de 2020, que acompaña la salida de esos expedientes con la vuelta a la actividad y abre la posibilidad de mantenerlos más allá de esa fecha en los sectores más afectados. Esto último se irá valorando quincenalmente por la comisión tripartita creada a dichos efectos. Dicho organismo también podrá prorrogar las exenciones de cotizaciones o extender estas a los ERTEs objetivos, de igual manera que las medidas de protección al desempleo.
- Se establece una diferenciación en los ERTEs de fuerza mayor, dividiéndolos en los que sean por fuerza mayor total (sin reinicio de la actividad al continuar imposibilitados por las restricciones del estado de alarma) o parcial (los que están posibilitados a recuperar total o una parte de la actividad). En este último caso, se señala que, a la hora de reincorporar trabajadores a la actividad, se primarán los ajustes vía reducción de jornada.
- De acuerdo con este Real Decreto-ley, se facilitará la transición de ERTEs de fuerza mayor a ERTEs por causas organizativas, técnicas, económicas o de producción, permitiendo que estos últimos se tramiten mientras esté vigente un ERTE de fuerza mayor pudiendo hacer coincidir las fechas de final e inicio de ambos.
- A los ERTEs por causas organizativas, económicas, técnicas o de producción que se iniciaron o se inician tras la entrada en vigor de este nuevo decreto y hasta el 30 de junio, les serán de explicación las características especiales establecidas en la regulación del 17 de marzo.
- De igual manera se amplían al 30 de junio todas las medidas de protección del desempleo entre las que destacamos la más relevantes:

- i. Que los afectados al ERTE pudieran acceder al desempleo sin cotización mínima o que esta no fuera descontada de la ya acumulada.
 - ii. Para los fijos discontinuos o temporeros tanto inactivos como los que no hayan sido llamados por las causas del Covid-19, las anteriores medidas se amplían hasta el 31 de diciembre de 2020.
- Respecto de las exenciones de las cotizaciones se introducen importante modificaciones al haber diferenciado dos tipos de ERTes por fuerza mayor.
- i. Los Fuerza Mayor totales continuaran con una exención de las aportaciones empresariales y cuotas conjuntas del 100% o del 75% según la empresa a fecha 29/2/20 hubiera tenido respectivamente menos de 50 trabajadores/asimilados o, 50 o más.
 - ii. Por el contrario, respecto de los ERTes por Fuerza mayor parcial se limitan estas exenciones cuasi totales a los meses de marzo y abril, por lo que a partir de mayo comenzarán a regir los siguientes porcentajes de exención según número de trabajadores y meses:
- Exención de la aportación empresarial para trabajadores reincorporados total o parcialmente:

	Mayo	Junio
Menos de 50 trabajadores	85%	70%
50 trabajadores o mas	60%	45%

- Exención de la aportación empresarial y cuota de recaudación conjunta para trabajadores no reincorporados:

	Mayo	Junio
Menos de 50 trabajadores	60%	45%
50 trabajadores o mas	45%	30%

- Por último, el Real Decreto-ley incluye además la modificación de la Disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, que garantizaba el compromiso del mantenimiento del empleo, por parte de las empresas, en un plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de su actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o sólo afecte a parte de la plantilla. Se aclara que dicho compromiso solo es para los ERTes por fuerza mayor y no se considerará incumplido

en caso de despido disciplinario procedente, renuncia, muerte, jubilación, incapacidad, cuando se trate de la finalización de contratos temporales que se extingan por expiración del tiempo convenido, la interrupción de los contratos de fijos -discontinuos o finalización de la obra servicios objeto del contrato. El incumplimiento supondrá previa actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad social (que podrá ponderar) la reintegración de la totalidad de la cotizaciones dejadas de abonar con intereses y recargos. De lo anterior estarían exceptuadas las empresas con riesgo de concurso de acreedores y se tendrá especial observación con los sectores turísticos relacionados con la estacionalidad estacionales.

- Se deja abierta la posibilidad a nuevas modificaciones e interpretaciones a esta normativa laboral.

III.- MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA FISCAL

- a) Con la aprobación del **Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo**, se establecen límites relacionados con el reparto de dividendos y transparencia fiscal, así:

- Las empresas y entidades que tengan su domicilio fiscal en países o territorios calificados como paraísos fiscales, no podrán acogerse a los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en el artículo 1 de este RD-ley (comentando en novedades en Materia Laboral).
- Las sociedades mercantiles u otras personas jurídicas que se acojan a los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en el mencionado artículo 1 de este RD-ley y que utilicen los recursos públicos destinados a los mismos, no podrán proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen estos expedientes de regulación temporal de empleo, excepto si abonan previamente el importe correspondiente a la exoneración aplicada a las cuotas de la seguridad social.

No se tendrá en cuenta el ejercicio en el que la sociedad no distribuya dividendos en aplicación de lo establecido en el párrafo anterior, a los efectos del ejercicio del derecho de separación de los socios que puede ejercitarse por la falta de distribución de dividendos que se contempla en la Ley de Sociedades de Capital.

- Esta limitación a repartir dividendos no será de aplicación para aquellas entidades que, a fecha de 29 de febrero de 2020, tuvieran menos de cincuenta personas trabajadoras, o asimiladas a las mismas, en situación de alta en la Seguridad Social.
- b) A través de la **Orden INT/395/2020, de 8 de mayo**, se amplía por el COVID - 19 el plazo de rendición de cuentas de las asociaciones de utilidad pública e inscritas en el Registro Nacional de Asociaciones las cuales podrán presentar las cuentas y la memoria de

actividades, correspondientes al ejercicio económico de 2019, en el plazo de los cuatro meses siguientes a la fecha de finalización del estado de alarma.

Sevilla, a 14 de mayo de 2020.



Fdo.: Beatriz Jiménez Suñe