EL COVID-19: ¿RIESGO LETAL PARA LAS SOCIEDADES MERCANTILES LOCALES Y AUTONÓMICAS?

Noviembre 2020

Descargo de responsabilidad

Las opiniones expresadas en la presente publicación son las de los autores y no necesariamente representan la opinión de la Asociación o sus miembros.

Asociación de Empresas Públicas Locales de Interés General (en adelante, RedELIGE), con CIF G-91622340

Somos Red: Apoyando a las empresas públicas como herramientas eficientes para la prestación de servicios públicos.

Red ELIGE
Empresas Locales de Interés General
Usanza
Cuadernos de conocimiento compartido

EL COVID-19: ¿RIESGO LETAL PARA LAS SOCIEDADES MERCANTILES LOCALES Y AUTONÓMICAS?

1.PRESENTACIÓN

Comenzamos esta nueva iniciativa de conocimiento compartido con un artículo técnico que explora las consecuencias de la aplicación de las causas de disolución como consecuencia de pérdidas establecidas en la LRSAL (Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local) y las nuevas normas establecidas en los Reales Decretos aprobados en el contexto de la crisis sanitaria de la COVID-19.

Para cualquier duda, consulta o comentario mándenos un correo a redelige@redelige.es

2.SOBRE EL AUTOR

D. Darío Canterla Muñoz: es actualmente Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresa y Universidades, realizando también estas labores en distintas entidades adscritas, como la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía, Letrado de Relación y asesor de la Agencia del Conocimiento, Letrado de relación, asesor y Secretario Consejo de Administración de Empresa Pública de Gestión de Activos, EPGASA., Letrado de relación, Secretario General Consejo Rector Agencia de Innovación y Desarrollo Empresarial de Andalucía. IDEA, Letrado de relación, asesor AEROPOLIS SL, y Secretario de Consejo de Administración y Secretario General del Consejo Andaluz de Universidades.

Durante los últimos años ha desempeñado una importante lab de asesoramiento en Derecho, en la Junta de Andalucía como miembro del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía desde 2002. Con una amplísima experiencia en las cuestiones relacionadas con el derecho público en general, y especialmente también con el regulatorio de la actividad empresarial, y el derecho de la competencia.

A este extenso currículum hay que añadirle su experiencia como secretario del Consejo de entidades de derecho público y de sociedades mercantiles, así como el asesoramiento jurídico de ambas.

3.RESUMEN

Resumen: El COVID-19 ha tenido una incidencia relevante en la vida de las sociedades mercantiles en general. Se ha promulgado una normativa destinada a paliar los efectos de la pandemia sobre la vida de estas entidades como es la relativa a préstamos, garantías, expedientes de regulación de empleo y, sobre todo, en relación a los aspectos procesales y materiales de la insolvencia. Desde este punto de vista se ha establecido una regulación novedosa de la aplicación de las causas de disolución como consecuencia de pérdidas, primero 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 y, una vez derogado este, en 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. Esta regulación se completa con una disposición que contempla un tratamiento específico para determinadas entidades estatales sin hacer mención de las autonómicas, ni de las locales. Se trata de un tratamiento ventajoso en cuanto a determinadas causas de disolución. Ello ha generado preocupación entre las sociedades mercantiles locales que no están dentro del ámbito de aplicación de ese tratamiento ventajoso.
Palabras clave: COVID-19, sociedades mercantiles públicas, disolución, servicios esenciales.

Summary: COVID-19 has had a relevant impact on the life of commercial companies in general. Regulations have been enacted to alleviate the effects of the pandemic on the lives of these entities, such as those relating to loans, guarantees, employment regulation files and, above all, in relation to the procedural and material aspects of insolvency. From this point of view, a new regulation has been established for the application of causes of dissolution as a consequence of losses, first in Royal Decree Law 16/2020 of April 28, on procedural and organizational measures to deal with COVID-19 in the field of the Administration of Justice and, once this has been repealed, in Law 3/2020, of September 18, on procedural and organizational measures to deal with COVID-19 in the field of the Administration of Justice. This regulation is completed with a provision that contemplates a specific treatment for certain state entities without mentioning the regional or local entities. It is an advantageous treatment in terms of certain causes of dissolution. This has generated concern among local commercial companies that are not within the scope of this advantageous treatment.

4.CONTENIDO

EL COVID-19 COMO RIESGO LETAL PARA LAS SOCIEDADES MERCANTILES LOCALES.

SUMARIO: I. La reacción del legislador frente al COVID-19 en el ámbito societario.

II.- Problemas planteados por la regulación de la disolución por pérdidas.

III.- El origen del problema.

IV. El mal camino: ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

V.- Deshaciendo el nudo.

VI.- Conclusiones.

I. La reacción del legislador frente al COVID-19 en el ámbito societario.

El COVID-19 ha tenido, como no podía ser de otro modo, una incidencia relevante en la vida de las sociedades mercantiles en general1. En este sentido se puede recordar las medidas contenidas en los diversos Reales Decretos-leyes relativas al funcionamiento de los órganos sociales2 especialmente dedicados a estas sociedades,

[1]Así lo muestran los datos oficiales del Instituto Nacional de Estadística. La repercusión en la actividad económica de la situación provocada por la COVID-19 y las medidas adoptadas puede seguirse a través de numerosas estadísticas oficiales. El INE se refiere en concreto a: *"Los indicadores coyunturales permiten comprender la situación previa y en breve plazo ofrecerán información sobre la evolución tanto de los aspectos generales como sectoriales de la economía española. El panel de indicadores de coyuntura resume en una imagen la evolución de estas magnitudes. También resulta de interés el conocimiento del número de empresas según actividad, tamaño y distribución territorial. Dada la relevancia del sector turístico, se muestran también indicadores específicos a nivel nacional y de comunidad autónoma".* Indicadores de coyuntura https://www.ine.es/covid/covid_economia.htm. Se trata sin duda de una cuestión que constituye una grave preocupación de la que da muestra el interés mediatico, y que lo consituye en un hecho notorio, sirva como ejemplo: La Seguridad Social pierde más de 91.600 empresas cotizantes durante la pandemia https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/08/07/economia/1596815214_969843.html. El Covid se llevó por delante más de 14.000 empresas andaluzas en cinco meses https://sevilla.abc.es/economia/sevi-covid-llevo-delante-mas-14000-empresas-andaluzas-cinco-meses-202008232246_noticia.html. Se trata de una afección generalizada de la economía nacional y global como pone de manifiesto el Banco Mundial al señalar que "La COVID-19 (coronavirus) hunde a la economía mundial en la peor recesión desde la Segunda Guerra Mundial", accesible en https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/06/08/covid-19-to-plunge-global-economy-into-worst-recession-since-world-war-ii.

[2]Véase a este respecto 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, y sus modificaciones, a la fecha en que escribo estas líneas la última es de 30 de septiembre de 2020. Para un estudio detenenido de la materia TAPIA HERMIDA, ALBERTO J., "Gobierno Corporativo de sociedades cotizadas en tiempos de coronavirus. Las medidas extraordinarias de funcionamiento de los órganos de Gobierno de las Sociedades Anónimas Cotizadas adoptadas ante la pandemia del COVID 19", Revista de derecho de sociedades, ISSN 1134-7686, Nº 59, 2020. Este estudio analiza las medidas extraordinarias establecidas en el Real Decreto Ley 8/2020 –modificado por el Real Decreto Ley 11/2020 y por el Real Decreto Ley 19/2020- aplicables al funcionamiento de los órganos de gobierno de las sociedades anónimas. En primer lugar, expone como la pandemia del COVID 19 ha operado como acelerador trágico de la digitalización societaria. En segundo lugar, examina las medidas extraordinarias aplicables al funcionamiento de los órganos de gobierno de las sociedades anónimas en general que afectan a las sesiones de los órganos de gobierno, a los acuerdos de los órganos de gobierno, al proceso de elaboración de las cuentas anuales, a la suspensión del ejercicio del derecho de separación y a la suspensión de la disolución sociedades. En tercer y último lugar, este estudio examina las medidas extraordinarias aplicables al funcionamiento de los órganos de gobierno de las sociedades anónimas cotizadas que afectan a la obligación de publicar y remitir su informe financiero anual a la CNMV y el informe de auditoría de sus cuentas anuales y a la convocatoria y celebración mediante asistencia por medios telemáticos y el voto a distancia en la junta general de accionistas.

y otras, que estando pensadas para cualquier tipo de insolvencia van a tener especial incidencia, lamentablemente, sobre estas entidades, como son todas las disposiciones relativas a los créditos y garantías estatales3, o los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE)4.

Entre estas medidas creo que ha tenido una especial relevancia 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 es el que precisamente se ha ocupado de establecer una serie de normas procesales especiales5 en relación

[3] Sin ánimo de agotar la materia y quedándonos en el nivel estatal sin bajar a las medidas autonómicas se puede citar los siguientes textos: Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública; Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19; 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; o el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

[4] 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, extendió a estas empresas en concurso la posibilidad de acceder a un expediente de regulación temporal de empleo 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.

[5] Para un estudio profundo de la cuestión recomendamos DE LA MORENA SANZ, G. DE LA MORENA, A., "COVID-19 y concurso de acreedores", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1698-4188, Nº. 33, 2020, págs. 193-212; LARA GONZÁLEZ, R., y ARMENDÁRIZ IÑIGO, J.M., "Capítulo 11. Acerca del concurso de acreedores en tiempo de pandemia", en LUQUIN BERGARECHE, R., (dir.) *Covid 19: conflictos jurídicos actuales y desafíos*, 2020, ISBN 978-84-9090-470-1, págs. 235-252; PALA LAGUNA, E., "Novedades en materia concursal y societaria 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", *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9705, 2020. PULGAR EZQUERRA, J., "Reestructuracion empresarial y alarma Covid 2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia", *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9608, 2020. en todo caso, un esquema de estas medidas se encuentra en la propia exposición cuando señala: *"En primer lugar, mantener la continuidad económica de las empresas, 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. Respecto de estos deudores, se aplaza el deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, el deudor conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel; así mismo, se facilita la modificación del convenio o del acuerdo extrajudicial de pagos o del acuerdo de refinanciación homologado. Respecto de estos últimos se permite además la presentación de nueva solicitud sin necesidad de que transcurra un año desde la presentación de la anterior. En segundo lugar, se trata de potenciar e incentivar la financiación de las empresas para atender sus necesidades transitorias de liquidez, calificando como créditos contra la masa, llegado el caso de liquidación, los créditos derivados de compromisos de financiación o de prestación de garantías a cargo de terceros, incluidas las personas especialmente relacionadas con el concursado, que figuraran en la propuesta de convenio o en la propuesta de modificación del ya aprobado por el juez. En este mismo sentido, con el fin de facilitar el crédito y la liquidez de la empresa, se califican como ordinarios los créditos de las personas especialmente vinculadas con el deudor en los concursos que pudieran declararse dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma.Por último, para evitar el previsible aumento de litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores en los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia, se establecen una serie de normas de agilización del proceso concursal".*

a las situaciones generadas por las insolvencias de las sociedades mercantiles que tienen su origen en la pandemia, y que, en la medida en que obedecen a una situación excepcional, que se espera que sea transitoria, tiene como finalidad, precisamente, evitar que se produzca un daño irremediable en las sociedades proveniente de una situación externa a la propia vida y gestión societaria, y que mercantiles sanas antes de la crisis generada por el COVID, y que podrían seguir siéndolo una vez superada esta, sucumban. Como dice la exposición de motivos: *"Se trata, en definitiva, de evitar que el escenario posterior a la superación de la crisis del COVID-19 nos lleve a declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado (valor en funcionamiento superior al valor de liquidación), con la consiguiente destrucción de tejido productivo y de puestos de trabajo"*6. Esta motivación se encuentra en la base de gran parte de la legislación dictada como consecuencia de la pandemia, y no sólo a nivel estatal, sino también a nivel autonómico, o europeo, de lo que da buena cuenta la relajación de la prohibición de ayudas de estado que supone el nuevo marco temporal7.

[6]Continúa la propia exposición señalando más adelante que: *"En el capítulo II se incluyen medidas en el ámbito concursal y societario. La crisis sanitaria del COVID-19 constituye un obstáculo adicional a la viabilidad de las empresas concursadas que puede determinar, bien la imposibilidad de suscribir o cumplir un convenio, abocando a las empresas a la liquidación, o bien una mayor dificultad de enajenar una unidad productiva que pudiera resultar viable"*.

[7]En este sentido baste con examinar el preámbulo de la 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 (2020/C 91 I/01)"*. Y así lo señala la doctrina que se ha ocupado del tema como: CARBÓ VALVERDE, S., y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F., "Ayudas a la financiación ante el COVID-19: marco temporal y suficiencia", en "Cuadernos de Información económica", ISSN 1132-9386, Nº 276, 2020, págs. 13-22. Abogados Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. "Adopción de un marco temporal europeo en materia de ayudas de Estado destinadas a paliar los efectos del Covid-19", en *Unión Europea Aranzadi*, ISSN 1579-0452, Nº 5, 2020; o GARCÍA ÁLVAREZ, B., en "Sobre el marco temporal europeo de las ayudas públicas por el COVID-19", en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, ISSN 1888-3052, Nº. 26, 2020

II.- Problemas planteados por la regulación de la disolución por pérdidas.

Pues bien, de entre todas estas medidas adoptadas por los poderes públicos centro mi atención en las referentes a la disolución de sociedades mercantiles por pérdidas8. Esta materia es abordada por el artículo 18 del citado Real Decreto-ley estableciendo lo que el llama una *"Suspensión de la causa de disolución por pérdidas"*. Este artículo tiene relevancia en relación a la apreciación de la concurrencia de la causa de disolución consistente en existencia de 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, recogida en el artículo 363.1 e) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Pues bien, respecto de esta causa el precepto ordena que no se tomen en consideración las pérdidas del ejercicio 2020. Y, si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciara que se da esta circunstancia, se señala que deberá convocarse por los administradores, o podrá solicitarse por cualquier socio, en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio, la celebración de Junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente. Esto no afecta al deber de solicitar el concurso. Este es el tratamiento genérico, aplicable a todas las mercantiles con independencia de si son públicas9, o no, pero el citado Real Decreto-ley contiene una disposición adicional segunda que contempla una situación específica para el sector público estatal al señalar: "Lo previsto en el artículo 96.1 e) y 96.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, no será de

[8]Especial relevancia le damos a PEINADO GRACIA, J.I., "Derecho de sociedades no analógico reflexiones sobre las medidas de excepción en materia de sociedades mercantiles", en *La Ley mercantil*, ISSN-e 2341-4537, Nº. 69 (mayo), 2020. TAPIA HERMIDA...Disolución y liquidación de sociedades mercantiles Imagen de portada del libro Disolución y liquidación de sociedades mercantiles Autores: Ángel José Rojo Fernández Río (dir.), Emilio M. Beltrán Sánchez (dir.), Ana Belén Campuzano Laguillo (dir.) Editores: Tirant lo Blanch Año de publicación: 2009 País: España Idioma: español ISBN: 978-84-9876-441-3Reestructuracion empresarial y alarma Covid 2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia Autores: Juana Pulgar Ezquerra Localización: Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 9608, 2020Estado de alarma y decisiones corporativas Mª TERESA MARTÍNEZ MARTÍNEZ Revista de derecho de sociedades, ISSN 1134-7686, Nº 59, 2020Este artículo analiza las normas de excepción al régimen de las sociedades de capital, dictadas para afrontar la situación creada por el COVID-19: arts. 40 y 41 del Real Decreto-Ley 8/2020 (de acuerdo con su redacción conforme a la Disposición Final Primera del Real Decreto Ley 11/2020), y arts. 11 y 18 del Real Decreto-Ley 16/2020. Estas medidas afectan fundamentalmente a las siguientes cuestiones: el funcionamiento no presencial de los órganos sociales, la formulación, auditoría y aprobación de cuentas anuales y consolidadas, la propuesta de aplicación del resultado, el derecho de separación de los socios, y la disolución de la sociedad, muy especialmente en el caso de pérdidas cualificadas.

[9] A este respecto recordar que estaremos ante sociedades públicas cuando sea la Adminsitración quien directa o indirectamente

aplicación para las cuentas anuales aprobadas durante los ejercicios 2020, 2021 y 2022". Esta disposición se aplicaría a diversas modalidades de personificación administrativa, lo que ha llevado a algunas mercantiles a entender que esto sería aplicable a las sociedades mercantiles del sector público estatal, y que eso pondría a las mercantiles estatales, de manera injustificada, en mejor disposición que las locales y autonómicas para abordar los efectos de la crisis, lo que genera la comprensible inquietud en los gestores de estas últimas.

III.- El origen del problema.

Para entender este pequeño incendio que se ha desatado en la vida de algunas mercantiles públicas hay que remontarse a la legislación dictada a raiz de la crisis económica de 2008 para lograr el redimensionamiento de la Administración Local. Y en concreto hay que remontarse a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local que dio una nueva redacción a la hasta entonces plácida disposición adicional novena10 de la LRBRL. En concreto dicha disposición en la redacción actual señala: "2. Aquellas entidades que a la entrada en vigor de la presente Ley desarrollen actividades económicas, estén adscritas a efectos del Sistema Europeo de Cuentas11 a cualesquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley o de sus organismos autónomos, y se encuentren en desequilibrio financiero, dispondrán del plazo de dos meses desde la entrada en vigor de esta Ley para aprobar, previo informe del órgano interventor de la Entidad Local, un plan de corrección de dicho desequilibrio. A estos efectos, y como parte del mencionado plan de corrección, la Entidad Local de la que dependa podrá realizar aportaciones patrimoniales o suscribir ampliaciones de capital de sus entidades solo si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, esa Entidad Local hubiere cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el

[10]El texto de dicha disposición, con anterioridad a la Reforma era del siguiente contenido: "Novena. Observatorio urbano. Con la finalidad de conocer y analizar la evolución de la calidad de vida en los municipios regulados en el título X de esta Ley, a través del seguimiento de los indicadores que se determinen reglamentariamente, el Gobierno creará un Observatorio Urbano, dependiente del Ministerio de Administraciones Públicas."

[11]MARTÍNEZ MANZANEDO, R. "El Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95) en el contexto de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera", *Revista española de control externo*, Vol. 14, Nº 41, 2012, págs. 81-96. MACHO PÉREZ, A.B., y MARCO PEÑAS, E., "El control por la Administración Pública de una entidad en el Sistema Europeo de Cuentas SEC-2010 Su aplicación a hospitales y centros educativos", *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, Nº. 1, 2017, págs. 1-36

plazo máximo previsto en la normativa de morosidad. Si esta corrección no se cumpliera a 31 diciembre de 2014, la Entidad Local en el plazo máximo de los seis meses siguientes a contar desde la aprobación de las cuentas anuales o de la liquidación del presupuesto del ejercicio 2014 de la entidad, según proceda, disolverá cada una de las entidades que continúe en situación de desequilibrio. De no hacerlo, dichas entidades quedarán automáticamente disueltas el 1 de diciembre de 2015. Los plazos citados en el párrafo anterior de este apartado 2 se ampliarán hasta el 31 de diciembre de 2015 y el 1 de diciembre de 2016, respectivamente, cuando las entidades en desequilibrio estén prestando alguno de los siguientes servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros. Esta situación de desequilibrio financiero se referirá, para los entes que tengan la consideración de Administración pública a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, a su necesidad de financiación en términos del Sistema Europeo de Cuentas, mientras que para los demás entes se entenderá como la situación de desequilibrio financiero manifestada en la existencia de resultados negativos de explotación en dos ejercicios contables consecutivos". En definitiva se recogió una nueva cláusula de disolución de las sociedades mercantiles locales no exenta de polémica, como en general lo estuvo la citada reforma por la puesta en duda de autonomía local12, aunque este es un problema que ahora no nos interesa.

La cuestión es que la situación de crisis ha traído a la memoria de los gestores la citada disposición adicional novena, y a ello se une la remisión normativa que se contiene en la Disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 16/2020, primero, y de la Ley 3/2020, después, pues vemos que con ella se está estableciendo una determinada exención en la que, al menos literalmente, no están incluidas la entidades locales ni autonómicas. Recordemos a estos efectos que la disposición señala que no será de aplicación a las entidades del sector público la causa de disolución recogida en los artículos 96.1 e) y 96.3 de la Ley 40/2015 para las cuentas anuales aprobadas durante los ejercicios 2020, 2021 y 2022. Y la causa recogida en dicha normativa es encontrarse en situación de desequilibrio financiero durante dos

[12]Sobre la polémica constitucional de esta norma: ZAFRA VÍCTOR, M., "Análisis y valoración sobre la constitucionalidad de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", en CARRILLO DONAIRE, J.A. y NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (coord.) *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local.: El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local,* 2014, págs. 53-87. BAYONA I ROCAMORA, A. "La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias", *Cuadernos de derecho local*, Número 43, 2017 (Ejemplar dedicado a: La remunicipalización de los servicios públicos locales), págs. 284-305. VELASCO CABALLERO, F., "Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local" en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (coord) "La reforma del 2013 del régimen local español 2014, págs. 75-136.

ejercicios presupuestarios consecutivos, circunstancia que se aprecia en idénticos términos a lo que recoge la Disposición Adicional Novena punto 2 más arriba citada. Una primera lectura puede llevar a la conclusión de que siendo la misma causa y no recogiéndose en la exención a entidades locales, ni autonómicas, las entidades estatales tienen un mejor tratamiento que las anteriores, lo que carecería de justificación sobre todo si se tiene en cuenta que la inmensa mayoría de las empresas locales se dedican a la prestación de servicios de prestación obligatoria13 y que su disolución generaría un problema muy considerable14. Este razonamiento sobre el trato diferenciado no lleva a plantearnos si subjetivamente es posible que las empresas locales y autonómicas quepan en el estrecho margen de la dicción literal de la norma en cuestión. Pero si esto pretende solucionarse acudiendo al ámbito subjetivo de aplicación de la ley 40/15 no encontraremos consuelo en nuestra desazón y antes al contrario nos vamos a ir hundiendo en ella.

IV. El mal camino: ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

En efecto, conforme a la definición de la ley 40/2015 el perímetro del sector público15, abarca tanto a las Comunidades Autónomas como a las Entidades Locales, tal y como señala el artículo 2, y tanto a su administración general como a las entidades que conforman su administración instrumental. Por lo que, a primera

[13]Recordemos a estos efectos el artículo 26 de la LRBRL 7/1985, que señala: *"Artículo 26.1. Los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes: a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas. b) En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos. c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público. d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano. 2. En los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios: a) Recogida y tratamiento de residuos. b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. c) Limpieza viaria. d) Acceso a los núcleos de población. e) Pavimentación de vías urbanas. f) Alumbrado público."*

[14]VILLAR ROJAS, F.J., "Los servicios esenciales" reservados a las entidades locales", en VILLAR ROJAS F.J., y CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., (dir.) *Introducción a los servicios locales: Tipos de prestación y modalidades de gestión,* 1991, págs. 179-196. MENÉNDEZ GARCÍA, P. Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las Entidades Locales (especial referencia a abastecimiento de aguas y suministro de gas), *Revista española de derecho administrativo*, Nº 89, 1996, págs. 49-68.

[15]ÁLVAREZ HERRANZ, B., Ambito subjetivo, en RECUERDA GIRELA, M.A. (coord) Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común. 1ª ed., noviembre 2016. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S. en Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I [Ley de régimen jurídico del sector público, ley de procedimiento administrativo (administración local, sanciones, responsabilidad, expropiación). Empleados públicos]. 3ª ed., diciembre 2017.

vista, podría pensarse que esta disposición también se referiría a las mercantiles autonómicas y locales y que el problema está superado. Sin embargo esta apariencia se deshace si acudimos a la Disposición final decimocuarta del mismo texto que regula el título competencial y que aclara que *"no tiene carácter básico y se aplica exclusivamente a la Administración General del Estado y al sector público estatal lo previsto en:...c) Lo dispuesto en el Capítulo III de los organismos públicos estatales"* que es precisamente donde se ubican estos dos artículos, lo que vuelve a dejarnos donde estábamos. Sin embargo, es necesario profundizar en esta apariencia puesto que el Real Decreto-ley 16/2020, y luego la Ley 3/2020, no están modificando la Ley 40/2015, sino que se limita a excepcionar temporalmente de aplicación algunos de sus puntos. Por tanto, lo que importa no es si es básica la Ley 40, ni si las mercantiles autonómicas y locales están en su ámbito de aplicación, sino que estas preguntas hay que hacerlas respecto de la propia Ley 3/2020. Pues bien, sobre ello no dice nada la Ley y debemos proceder a una interpretación lógica sistemática de la norma para hallar respuesta a la pregunta que nos hacemos. Desde este punto de vista la excepción a la norma debe tener el mismo ámbito de aplicación que la norma que excepciona y por tanto hay que considerar que no es norma básica.

Con ello se descarta la aplicación a las entidades autonómicas, ya que las comunidades autónomas gozan de autonomía política16, que supone como atributo esencial la capacidad de dictar leyes, que es un poder del que no disponen las entidades locales. Pues bien, la organización de su propia administración17 entra dentro de las competencias de autogobierno que tienen las comunidades autónomas con lo cual la causa de disolución de sus entidades debe ser regulada por la normativa autonómica y la básica estatal, si la hay; que no es el caso. Como esta norma que estudiamos no es básica18 no se aplica a la comunidad autónoma. En definitiva, no podrían gozar de esta exención.

[16]SÁNCHEZ POLO, C., "Las Comunidades Autónomas naturaleza jurídica", en ÁLVAREZ CONDE, E. (coord.) *Administraciones públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978* 1998, ISBN 84-7088-684-3, págs. 865-874. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., La naturaleza jurídica del Estado autonómico, en "Curso de derecho público de las comunidades autónomas "/Jaime Rodríguez-Arana (dir.), Pablo Luis García Mexía (dir.), 2003, págs. 135-143.

[17]CLIMENT BARBERÁ, J. Potestad de autoorganización y procedimiento administrativo de las comunidades autónomas Gobierno y administración en la Constitución, Vol. 1, 1988, págs. 407-422.

[18]GARRIDO FALLA, F, El desarrollo legislativo de las normas básicas y leyes marco estatales por las Comunidades Autónomas, *Revista de administración pública*, Nº 94, 1981, págs. 13-32. BLANCO ESTEVE, A., Normas básicas estatales y leyes de desarrollo de las Comunidades Autónomas: jurisprudencia constitucional,Revista española de derecho administrativo, ISSN 0210-8461, Nº 33, 1982, págs. 301-316.

En materia de régimen local las competencias están distribuidas entre el Estado y las Comunidades autónomas por el artículo 148.1 2º, y 149.1.18, así como en los respectivos Estatutos de autonomía, de modo que en términos genéricos, y a los efectos de nuestro estudio, baste decir que el Estado tiene la competencia para regular las bases del régimen local y que las Comunidades tienen competencias normativas de desarrollo siempre con respeto a dichas bases19.Pues bien, sin profundizar en la profunda polémica doctrinal que supuso la ley 27/2013 a la que hemos hecho referencia antes, baste decir que el Estado tiene competencias para regular las causas de disolución de entidades instrumentales locales, de modo que no se excluye que esta disposición pudiera referirse a las entidades locales. No obstante, lo anterior lo cierto es que esta norma no dice nada. Así que estamos donde comenzamos con unos gestores preocupados por la aplicación de la Disposición Adicional Novena y una exención que a ellos no les aprovecha.

V.- Deshaciendo el nudo.

Es lógica la preocupación que una situación como esta provoca habida cuenta de que las empresas locales se dedican en su inmensa mayoría a la prestación de servicios obligatorios de modo que su disolución podría llegar a generar importantísimos problemas. Pero para deshacer el nudo es preciso que no avancemos por la vía del ámbito subjetivo de aplicación de la Disposición Adicional segunda, ello nos llevaría como única posibilidad a la aplicación por analogía de las normas estatales lo que no es una camino fácil ni seguro20. Volvamos atrás. Lo que debemos preguntarnos es a a qué clase de entes se le aplica esta exención y ello nos mostrará como el temor de aplicación de la causa de disolución recogido en la LRBRL es infundado. Pues bien basta con irse al artículo 96 de la LRJSP para ver que se aplica a “organismos estatales” y estos son definidos en el artículo 89 como “... los creados para la realización de actividades administrativas, sean de fomento, prestación o

[19]No es momento de meternos en mucha mas profundidad aunque la cuestión de hasta donde llega la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en esta materia ha sido objeto de discusión. Así FERRET Y JACAS, J., Nuevas reglas de distribución de competencias sobre régimen local, Anuario del Gobierno Local, Nº. 1, 2006, págs. 39-52. GARCÍA HERNÁNDEZ L, VÁZQUEZ DOCAMPO, R., Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Régimen local, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 1991. RIVERO YSERN, J.L., El régimen local en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía: reglas sustantivas y distribución de competencias en MUÑOZ MACHADO, S., REBOLLO PUIG, M (coord) Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía 2008, págs. 839-866.

[20]

de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación; actividades de contenido económico reservadas a las Administraciones Públicas; así como la supervisión o regulación de sectores económicos, y cuyas características justifiquen su organización en régimen de descentralización funcional o de independencia." Fácilmente se entiende que no abarca a las sociedades mercantiles estatales que se regulan en el título V y no en el III y que son definidas por el artículo 111 de la Ley 40/2015 al señalar: " Se entiende por sociedad mercantil estatal aquella sociedad mercantil sobre la que se ejerce control estatal: a) Bien porque la participación directa, en su capital social de la Administración General del Estado o alguna de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el artículo 84, integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a la Administración General del Estado y a todas las entidades integradas en el sector público institucional estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas. b) Bien porque la sociedad mercantil se encuentre en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio (RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781) , del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos." En definitiva, la exención del Real Decreto Ley 16/20, ahora contenida en la recentísima Ley 3/2020, no se refiere a las causas de disolución de las sociedades estatales, sino de los organismos públicos. Y con esto ya podemos estar tranquilos de que no se está dando un peor trato a las importantísimas empresas locales respecto de las Estado.

Y ya rebajada la justa indignación, nos quedamos con el miedo de la aplicaicón de la disposicion adicional novena de la LRBRL. Aunque ya más tranquilos quizá deberíamos comenzar por analizar si esa causa de disolución tiene aplicación. Pues bien, lo primero sobre lo que hay que llamar la atención es que las normas que se dedican a la disolución de mercantiles públicas en el Estado o las Comunidades Autónomas21 no contemplan una causa de disolución como esa. En definitiva, el Estado no se aplica esa exención a sus empresas, porque ni siquiera aplica esa causa de disolución y, por tanto, no necesita eximirse de ella. Si acudimos a la normativa que regula la disolución de las sociedades en el ámbito local tampoco. Así sucede con el artículo 85 ter de la LRBRL. A la vista de que no se recoge esta causa de disolución hay que llamar la atención sobre el hecho de que si se hubiera querido establecer una causa de disolución con carácter general lo más correcto

[21]Véase en respecto del primero el artículo 114 de la LRJSP, y respecto de las de comunidades autónomas hay que acudir a sus normas específicas a titulo de ejemplo se puede señalar los artículos 75 a 77 de la Ley de Administración de la Junta de Andalucía, Ley 9/2007, de 22 de octubre.

hubiera sido incorporarlo al texto articulado y no establecerlo en una disposición adicional. Además, la interpretación gramatical de la misma confirma esta posición. En primer lugar se habla de "redimensionamiento", es decir que la finalidad de la norma está en un momento muy concreto en que se quiere reducir la administración instrumental local, desde una dimensión inicial a una menor, y el criterio para la redimensión es que se prescinde de las que estén en situación de desequilibrio. Estas expresiones hacen referencia a un momento concreto y no a algo que deba perdurar en el tiempo. En segundo lugar se refiere literalmente a las empresas que "estén desarrollando actividades en el momento de entrada en vigor", lo que dejaría fuera a las que se constituyeran con posterioridad, lo que refuerza la idea de que se trata de acometer una situación excepcional y luego se seguiría aplicando el régimen normal. Finalmente la Disposición utiliza unas fechas muy concretas, no establece unos plazos de medidos en años susceptibles de aplicación de manera general, sino que además señala el año en que termina el plazo para adaptarse, lo que no tendría lógica si pretendiera producir efectos más allá de esos años. Finalmente no puede pretenderse la aplicación analógica de la norma porque es una norma excepcional y de carácter temporal y lo prohíbe el articulo 4.2 del Código Civil. En definitiva el miedo de que se aplique dicha causa de resolución no está fundamentado, y sin perjuicio de que una nueva crisis haga que se dicte en su momento una normativa semejante.

VI Conclusiones.

El COVID es una amenaza para las sociedades mercantiles públicas, pero para ser letal no bastará con que produzca pérdidas en dos ejercicios seguidos. Ello es así porque la Disposición Adicional Novena punto 2 de la LRBRL, no establece una causa de disolución que constituya el régimen normal de las sociedades mercantiles públicas sino una regulación excepcional de carácter temporal para un momento y una situación determinada que no puede ser aplicada fuera del mismo. Por tanto, no hay un trato de favor respecto de las mercantiles estatales en la Ley 3/2020 cuando exime de determinadas causas de resolución, coincidentes con las de la disposición adicional novena de la LRBRL, porque ni a unas ni a otras se les aplica esa causa de resolución otro cantar es el de organismos públicos o agencias públicas, pero ese es otro problema que ahora no toca.

Red ELIGE

Empresas Locales de Interés General