

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 1676** *Resolución de 13 de enero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador mercantil y de bienes muebles IV de Barcelona, por la que se suspende la inscripción de determinados acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don L. S. X., Abogado, en nombre y representación de la sociedad mercantil «Tierra Azul 2012, S.L.», contra la calificación del registrador Mercantil y de Bienes Muebles IV de Barcelona, don José Luis San Román Ferreiro, por la que se suspende la inscripción de determinados acuerdos adoptados por la Junta general de dicha sociedad.

Hechos

I

En acta autorizada por el Notario de Barcelona, don Marco Antonio Alonso Hevia, el día 26 de agosto de 2014, con número 1.476 de protocolo, consta el requerimiento para la celebración de Junta general de socios, y mediante diligencia se hace constar la celebración de la misma con la asistencia de un único asistente, titular de las participaciones sociales que representan la mitad del capital social.

En el requerimiento para la celebración de la junta se reseña que «...se remitió en fecha 30 de julio de 2014, al socio titular del 50% del capital social de la Entidad, don M. S., el correspondiente anuncio de convocatoria, cuyo contenido se corresponde con el que el compareciente me entrega para que una, como hago, a la presente escritura. Es el texto de la convocatoria que va unido al correo electrónico desde el que se envió».

En el artículo 5 de los Estatutos sociales de «Tierra Azul 2012, S.L.», figura lo siguiente: «Artículo 5. Periodicidad, convocatoria y lugar de celebración de la junta general. La junta general será convocada por el órgano de administración. La convocatoria se comunicará a los socios a través de procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica. En caso de no ser posible se hará mediante cualquier otro procedimiento de comunicación, individual y escrito que asegure la recepción por todos los socios en el lugar designado al efecto o en el que conste en el libro registro de socios. En relación con otros aspectos relativos a la convocatoria, periodicidad, lugar de celebración y mayorías para adoptar acuerdos de la junta general se aplicaran las normas previstas en la Ley de Sociedades de Capital aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio».

En la diligencia sobre la celebración de la junta se hace constar que el socio don M. S. contestó a la notificación de convocatoria efectuada por el requirente y convocante de la junta, mediante burofax de fecha 31 de julio de 2014, en el cual formula oposición a la regularidad de la junta. De ese burofax, que se incorpora al acta, resulta lo siguiente: «He recibido del bufete... un correo electrónico con una página escaneada que parece ser una convocatoria de Junta extraordinaria de socios... Al respecto, debo recordarle que el artículo 5 de los estatutos de la citada empresa indica expresamente que la convocatoria se efectuará por procedimientos telemáticos mediante el uso de firma electrónica (cosa que no se ha hecho) o, de no ser posible, mediante cualquier otro procedimiento de comunicación, individual y escrito que asegure la recepción por todos los socios en el lugar designado al efecto o en el que conste en el libro registro de socio (cosa que tampoco se ha hecho), por lo que entiendo que la presunta convocatoria que pretende Vd. efectuar, se ha hecho de forma irregular por su forma, y por ello, debe ser nula de

pleno derecho». En dicha Junta general se decide promover la acción social de responsabilidad contra el administrador solidario don M. S., con la consiguiente destitución del mismo.

II

El día 2 de septiembre de 2014 se presentó copia autorizada de dicha acta en el Registro Mercantil de Barcelona, y fue objeto de calificación negativa el día 9 de septiembre de 2014 emitida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles IV de Barcelona, don José Luis San Román Ferreiro, en los siguientes términos: «El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18.8 del Código de Comercio –con la conformidad de los cotitulares–, ha acordado suspender la práctica de la inscripción solicitada, en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican. Hechos Diario/Asiento: 1195/3210 F. presentación: 02/09/2014 Entrada: 34118107 Sociedad: Tierra Azul 2012, S.L. Documento calificado: acta autorizada el 26/08/2014. Notario don Marco Antonio Alonso Hevia, número 1476 de protocolo. Fecha de la calificación: 09/09/2014 Fundamentos de Derecho (defectos) La junta ha sido convocada mediante correo electrónico, sin que cumpla el requisito exigido en el artículo 5 de los estatutos «mediante el uso de la firma electrónica». Existiendo previsión estatutaria sobre la forma de convocatoria ésta ha de ser estrictamente observada, sin que pueda acudir, válida y eficazmente, a cualquier otro sistema. (Artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital, 97.1.2.^a y 3.^a, 107.2, 112 y 186.1 del Reglamento del Registro Mercantil, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 29 de abril de 2000 y 26 de febrero de 2004). Los defectos consignados tienen carácter subsanable. La anterior nota de calificación podrá (...) El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

El día 20 de octubre de 2014, don L. S. X., Abogado, en nombre y representación de la sociedad «Tierra Azul 2012, S.L.», interpuso recurso contra la calificación en el que alegó lo siguiente: «(...) Tercero.–(...) esta parte, no encuentra ajustada a derecho dicha resolución ya que la convocatoria de Junta General se celebró por el procedimiento establecido en el artículo 5 de los Estatutos Sociales, que de acuerdo con el mismo, la convocatoria se comunicará a los socios a través de procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica. En caso de no ser posible se hará mediante cualquier otro procedimiento de comunicación, individual y escrito que asegure la recepción por todos los socios en el lugar designado al efecto o en el que conste en el libro de registro de socios. Cuarto.–Que en todo caso de no cumplir por imposibilidad con el requisito del uso de firma electrónica contemplada en el primer punto del artículo 5 de los Estatutos la recepción de la convocatoria de la junta se ha ejecutado tal y como manifiesta el siguiente punto del artículo 5 mediante cualquier otro procedimiento de comunicación, individual y escrito que asegure la recepción por todos los socios en el lugar designado al efecto. Quinto.–La junta fue convocada mediante correo electrónico utilizando ese medio como procedimiento de comunicación de manera directa e individual dirigido al socio del que se interesaba la comparecencia Don M. S. asegurando así su recepción, tal y como consta por la elaboración de su contestación el mismo día 30 de Julio de 2014 adjuntada como documento en el acta notarial de la junta de los socios, y por ello es totalmente eficaz al existir recepción de la notificación. Sexto.–Por ello esta parte solicita mediante el presente escrito se proceda a la debida inscripción del acta notarial de fecha 26 de Agosto de 2014 acordando que el acta de junta de socios fue convocada de manera adecuada habiendo sido recibida por el interesado correctamente ya que la comunicación mediante correo electrónico supone una notificación fehaciente. No cabe confundir la contrariedad del interés personal del socio con un abuso no acreditado, así, no existe causa de nulidad acreditada ni se aprecia vulneración del

derecho de información. Por ello la especial relevancia, del art. 11 quater que reconoce expresamente la validez de las comunicaciones entre la sociedad y los socios (incluida la remisión de documentos, solicitudes e información) por medios electrónicos, siempre que dichas comunicaciones hubieran sido aceptadas por el socio. El correo electrónico constituye un procedimiento alternativo (desde luego más ágil, quizás también más económico) mediante el que comunicar la convocatoria a los socios que lo acepten voluntariamente comunicando a la sociedad una dirección de e-mail. Así debe entenderse el alcance de la previsión «siempre dichas comunicaciones hubieran sido aceptadas por el socio» del art. 11 quater LSC. Manifestamos tal invocación dado que en el presente caso se da una previsión estatutaria de convocatoria mediante un procedimiento individual y escrito, en el que el «domicilio» designado al efecto se sustituiría, al amparo de la previsión art. 11 quater LSC, por la dirección de correo electrónico para aquellos socios que voluntariamente la proporcionen a la sociedad a efectos de comunicaciones».

IV

Mediante escrito, de fecha 10 de noviembre de 2014, el registrador Mercantil elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 11 quáter, 23, 28, 93, 164 y 173 de la Ley de Sociedades de Capital; 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, por la que se aprueban los Estatutos-tipo de las sociedades de responsabilidad limitada; la Instrucción de esta Dirección General de 18 de mayo de 2011; las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1987, 9 de abril de 1995, 23 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1999, 30 de enero de 2001, 9 de diciembre de 2010 y 3 de abril de 2011; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero y 14 de octubre de 1991, 2 y 3 de agosto de 1993, 25 de abril y 25 de septiembre de 1997, 7 de abril y 14 de octubre de 1999, 22 y 29 de abril de 2000, 11 de noviembre de 2002, 26 de febrero de 2004, 16 de abril y 26 de julio de 2005, 24 de enero de 2006, 23 de marzo y 4 y 29 de junio de 2011, 9 de febrero, 2 de agosto y 10 de octubre de 2012, 11, 16 y 26 de febrero, 23 de septiembre y 1 de octubre de 2013 y 28 de febrero, 23 de mayo y 28 de octubre de 2014.

1. En este expediente debe determinarse si la convocatoria de la junta general de la sociedad para la adopción del acuerdo que se pretende inscribir se ha realizado o no conforme a los estatutos sociales.

En dichos estatutos se dispone que «...la convocatoria se comunicará a los socios a través de procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica. En caso de no ser posible se hará mediante cualquier otro procedimiento de comunicación, individual y escrito que asegure la recepción por todos los socios en el lugar designado al efecto o en el que conste en el libro registro de socios...». En el acta notarial de la junta general, el requirente –titular de participaciones representativas de la mitad del capital social y único asistente a la junta- hace constar que la convocatoria al socio titular de participaciones que representan la otra mitad del capital social se le comunicó por correo electrónico. En la misma acta se incorpora un burofax remitido por el socio no asistente en el que expresa que ha recibido dicho correo electrónico con la convocatoria de la junta general de socios y que dicha convocatoria no se ha efectuado conforme a los estatutos sino de forma irregular por lo que debe ser nula de pleno derecho.

El registrador fundamenta su negativa a la inscripción en que, a su juicio, la convocatoria no se ha comunicado al socio mediante el uso de la firma electrónica, por lo que no se ha cumplido tal requisito exigido en los estatutos sociales.

2. Como resulta del artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital los estatutos «que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital» contienen un conjunto de reglas que tienen un carácter normativo para la propia sociedad de modo que vincula

a sus órganos, a los socios que la integran e incluso a terceros. Por ello, todo acto social debe acomodarse a las exigencias derivadas de las normas establecidas en los estatutos.

El carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en diversas ocasiones en clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores (vid. Sentencia de 30 de enero de 2001). Este Centro Directivo por su parte ha tenido igualmente ocasión de poner de manifiesto el hecho de que los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad. En este sentido se ha dicho que los estatutos son la «Carta Magna» o régimen constitucional y de funcionamiento de la sociedad (cfr. las Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente, especialmente las de Resoluciones de 16 de febrero, 23 de septiembre y 1 de octubre de 2013 y 23 de mayo de 2014 –las dos últimas relativas a la forma de convocatoria de la junta general–).

Como reiteradamente ha afirmado esta Dirección General, la previsión estatutaria sobre la forma de convocatoria de la junta general debe ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema. El derecho de asistencia a la junta general que a los socios reconoce el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital ha de ser integrado con el de ser convocados para ello, y no de cualquier forma, sino a través de la específicamente prevista a tal fin, en cuanto será la única a través de la que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención. Con tales requisitos se pretende garantizar al socio una publicidad que le permita conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexionar detenidamente sobre el sentido del voto por emitir.

3. En el presente caso, si los estatutos se limitaran a exigir para toda convocatoria de junta general que sea comunicada a los socios «a través de procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica», la calificación impugnada debería ser confirmada. Lo que ocurre es que la propia disposición estatutaria sobre la convocatoria no contempla dicho sistema como forma única y exclusiva sino como preferente, pues previene una forma supletoria, para el caso de que aquella comunicación mediante uso de la firma electrónica no sea posible, cual es «cualquier otro procedimiento de comunicación, individual y escrito que asegure la recepción por todos los socios en el lugar designado al efecto o en el que conste en el libro registro de socios...». Y no se previene exigencia de acreditación ni siquiera manifestación alguna sobre la imposibilidad del uso de firma electrónica.

Al enjuiciar las disposiciones estatutarias sobre esta forma supletoria de convocatoria, coincidente con el sistema legalmente previsto para el supuesto de que la sociedad carezca de página web creada, inscrita y publicada (cfr. artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital), este Centro Directivo ha entendido que el envío por correo certificado con aviso de recibo cumple tales exigencias legales (cfr., por todas, la Resolución de 16 de abril de 2005), a lo que debe añadirse que según la doctrina del Tribunal Supremo, acreditada la remisión y recepción de la comunicación postal, incumbiría al socio la prueba de la falta de convocatoria (Sentencia de 3 de abril de 2011), por lo que no cabe exigencia adicional sobre la acreditación fehaciente del contenido de ésta.

Igualmente, esta Dirección General ha puesto de relieve que la exigencia legal debatida se cumple con la disposición estatutaria que, reproduciendo el artículo 5 de los Estatutos-tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, previene que «...la convocatoria se comunicará a los socios a través de procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica...». En efecto, según la Resolución de 23 de marzo de 2011, esta previsión de la citada Orden «tiene como presupuesto la consideración de que, atendiendo a la finalidad de la norma del artículo 173.1 de la Ley de Sociedades de Capital, debe admitirse, con la necesaria flexibilidad, la utilización de procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica, en consonancia con la pretensión por parte del legislador de impulsar el uso de tales instrumentos tecnológicos también por los

ciudadanos. Desde este punto de vista, es indudable que dicha comunicación puede asegurar razonablemente la recepción del anuncio por el socio considerando, además, que se trata de un instrumento de comunicación personal e individual al socio que implica un comportamiento activo consistente en poner en conocimiento de la sociedad una dirección electrónica en la que se efectuarán las preceptivas convocatorias» (cfr., en el mismo sentido, la Resolución de 4 de junio de 2011). Por ello, en Resolución de 28 de octubre de 2014, este Centro Directivo ha admitido el sistema de convocatoria mediante correo electrónico aunque no exija el uso de firma electrónica si es complementado con algún procedimiento que permita el acuse de recibo del envío (como, por ejemplo, serían la solicitud de confirmación de lectura, u otros medios que permitan obtener prueba de la remisión y recepción de la comunicación).

Estas consideraciones no pueden ser ignoradas al decidir sobre la cuestión planteada en el presente recurso. Puesto que se ha comunicado la convocatoria al socio mediante correo electrónico y éste ha reconocido paladinamente haberlo recibido con el contenido objeto de comunicación, es evidente que la disposición estatutaria que exige al menos la comunicación escrita e individual que asegure la recepción de la convocatoria ha sido respetada, de suerte que cabe concluir que se han cumplido las garantías de información que sobre la convocatoria se pretende asegurar por las referidas normas legales y estatutarias, sin que a esta conclusión pueda oponerse el hecho de que el socio destinatario de dicha comunicación alegue su irregularidad por no haberse realizado mediante firma electrónica.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta la indudable conveniencia del mantenimiento de la validez de los actos jurídicos, en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, así como la necesidad de facilitar la fluidez del tráfico jurídico, evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios, que no proporcionen garantías adicionales (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1987 y las Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993). Y el mismo criterio ha sustentado este Centro directivo con posterioridad (vid. Resoluciones de 29 de abril de 2000, 26 de febrero de 2004, 16 de abril y 26 de julio de 2005, 24 de enero de 2006 y 28 de febrero de 2014).

Por otra parte, habida cuenta del ámbito propio del procedimiento registral, accediendo a la inscripción cuya práctica es objeto de debate en el presente recurso no se impide la adecuada reacción de quienes se consideren con derecho a cuestionar la validez de los acuerdos de que se trata, mediante la correspondiente acción de impugnación de los mismos, por defecto de convocatoria de la junta general que los adoptó, cuyo conocimiento corresponde a los tribunales, con la eventual solicitud de las medidas cautelares que en su caso pudieran adoptarse, entre ellas la anotación registral de la demanda o la resolución de suspensión de dichos acuerdos.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la Disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 13 de enero de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.