

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 419** *Resolución de 20 de diciembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Zaragoza a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Gonzalo Sánchez Casas, notario de Logroño, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Zaragoza, don Joaquín José Rodríguez Hernández, a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Logroño, don Gonzalo Sánchez Casas, el día 7 de junio de 2017, con el número 732 de protocolo, se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada denominada «Cascante Market, S.L.», unipersonal, en cuyos estatutos sociales, en su artículo 10, párrafo tercero, se expresa «la Junta deberá convocarse mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad. En el caso de que ésta no exista, al menos, mediante remisión de carta certificada con acuse de recibo a cada uno de los socios en el domicilio que figure en el libro registro; pero será también válido cualquier otro medio de fehaciencia superior, especialmente su remisión por conducto notarial».

En la misma escritura se solicitaba la inscripción parcial, de conformidad con el artículo 63 del Reglamento del Registro Mercantil, en los supuestos previstos en el mismo.

II

Presentada el día 18 de agosto de 2017 copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Zaragoza, fue objeto de calificación negativa en los términos que, a continuación, se transcriben: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 324/1354 F. presentación: 18/08/2017 Entrada: 1/2017/7.946,0 Sociedad: Cascante Market Sociedad Limitada Autorizante: Sánchez Casas, Gonzalo Protocolo: 2017/732 de 07/06/2017 Fundamentos de Derecho (defectos) 1. El código de actividad económica —C.N.A.E.—, señalado en el art. 2.º de los Estatutos sociales, no se corresponde con la actividad a desarrollar por la Sociedad, indicada en dicho artículo. 2. Artículo 10. La inclusión en cuanto a la forma de convocatoria de la junta general de la frase «cualquier otro medio de fehaciencia superior» no cumple con lo dispuesto en el artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no exige fehaciencia en la convocatoria sino procedimiento que asegure la recepción de la misma por los socios. El asiento de presentación de este documento queda prorrogado hasta 60 días hábiles desde la última notificación de esta calificación (art. 323 LH). Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación: (...) Zaragoza, a 23 de Agosto de 2017».

El día 25 de agosto de 2017 fue notificada la calificación al presentante y al notario autorizante de la escritura.

III

El día 25 de septiembre de 2017, el notario autorizante de dicha escritura, don Gonzalo Sánchez Casas, después del otorgamiento de otra escritura de subsanación y aclaración de la anterior, interpuso recurso contra la referida calificación, únicamente respecto del segundo defecto, con los siguientes fundamentos jurídicos: «1.º Como cuestión previa, se impugna la validez de una calificación expedida sin que se identifique el autor de la misma, ni al cotitular del Registro que ha dado su conformidad. Con ello se obstaculiza el principio de responsabilidad de los Registradores por su actuación y se incumple el artículo 22 del Reglamento del Registro Mercantil que dice: «Sello. En los documentos que firmen los Registradores, fuera de los libros del Registro, se estampará un sello con el Escudo de España, la indicación de la circunscripción territorial y el nombre y apellidos del Registrador.» 2.º En la estipulación Séptima de la escritura el otorgante de la misma solicitó expresamente la inscripción parcial en el supuesto de que alguna de sus cláusulas, o de los hechos, actos y negocios jurídicos contenidos en ella y susceptibles de inscripción, adoleciese de algún defecto, a juicio del Registro Mercantil, que impida la práctica de la misma. Habiéndose desatendido esta solicitud expresa del otorgante, se impugna la validez de la calificación porque el Registrador no razona, ni argumenta, ni explica por qué no ha practicado la inscripción parcial que se le ha pedido. 3.º A continuación se entrará en el fondo del segundo defecto opuesto, toda vez que el primero ha sido rectificado por el otorgante de la escritura. El señor Registrador interpreta el artículo 10 de los Estatutos Sociales de modo erróneo, extrayendo la conclusión equivocada de que se está exigiendo fehaciencia en la convocatoria. Esto no es correcto, como se aprecia del tenor literal del artículo 10 párrafo 3.º, que dice: «La Junta deberá convocarse mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad. En el caso de que ésta no exista, al menos, mediante remisión de carta certificada con acuse de recibo a cada uno de los socios en el domicilio que figure en el libro registro; pero será también válido cualquier otro medio de fehaciencia superior, especialmente su remisión por conducto notarial». Como puede comprobarse, en defecto de página web de la sociedad, el precepto estatutario establece una forma de convocatoria, la carta certificada con acuse de recibo, que podemos calificar de más ligera en costes y efectos fehacientes; pero no excluye que se pueda enviar por otros medios de efecto más fehaciente, entre los que en el precepto se cita a modo ejemplificativo la remisión de esa carta certificada por conducto notarial. De ningún modo la norma estatutaria está exigiendo fehaciencia en la convocatoria, como dice el Registrador, sino, al contrario, deja libertad a los administradores para optar por distintas medios de envío de la carta certificada, cada una con distinto efecto fehaciente. 3.º [sic]-Y aunque no es así, ¿si realmente se estuviera exigiendo fehaciencia, sería un defecto que impediría la inscripción?. Ello nos lleva en primer lugar a preguntar qué se entiende por el efecto fehaciente de una forma de convocatoria, que según el Registrador no se puede exigir. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua lo fehaciente es lo que hace fe, fidedigno, es decir, digno de fe y crédito. Y este efecto fehaciente se puede predicar tanto de un medio privado de envío (como la carta, el correo electrónico), como los efectuados a través de Correos (carta certificada, el telegrama, el burofax, etc.), como haciéndolo a través de Notario por medio de una acta, que conlleva fe pública. Todos ellos hacen fe, o tienen efecto fehaciente, aunque con distinto grado o alcance. Esto es lo único que el precepto estatutario reconoce, el inferior efecto fehaciente de la carta certificada (dice «al menos»), frente al «superior» que implica el envío por conducto notarial. Y no puede ser de otro modo, porque la actuación del Notario implica dación de fe pública de los hechos centrales de una notificación: la identificación del remitente, el contenido de la notificación, su fecha de envío, la posterior identificación del destinatario y la fecha de su entrega. Por lo tanto el precepto estatutario está excluyendo los medios de menor efecto fehaciente, como la carta ordinaria enviada por Correos, la entregada en mano, el correo electrónico, etc. 4.º Si cualquier medio de envío de la convocatoria de la Junta implica un cierto efecto fehaciente, ¿la exigencia de forma pública notarial sería defecto que impediría la inscripción?. No se entiende que pueda ser así, porque la ratio de la norma es asegurar el conocimiento por los socios con la antelación suficiente de la convocatoria de la Junta,

y ese fin quedaría reforzado por la exigencia estatutaria de notificación por conducto notarial. El artículo 173.2 se limita a establecer los requisitos mínimos de la forma de convocatoria, comunicación individual y escrita que asegure la recepción en el domicilio designado, y esto lo cumple tanto la carta certificada por Correos como la enviada por conducto notarial; pero lo que no hace la Ley es limitar la posibilidad de que los socios pacten que esta comunicación pueda realizarse con requisitos de superior efecto fehaciente».

IV

Mediante escrito, de fecha 5 de octubre de 2017, el registrador Mercantil elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General. En dicho informe expresa, entre otras circunstancias, lo siguiente: «Primero. En cuanto a la notificación de la calificación. Como se ha señalado, al igual que el resto de las calificaciones registrales, la nota de calificación del documento ha sido remitida al notario autorizante de la escritura y recurrente por correo electrónico a su dirección corporativa, a través de la aplicación de gestión del Registro Mercantil, propiedad del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y gestionada por el mismo. Dicha nota, debidamente firmada, con indicación del Registrador que la firma, se encuentra incorporada a la escritura calificada y a disposición del recurrente. Segundo. En cuanto a la solicitud de inscripción parcial. Dada la naturaleza del defecto, en cuanto puede afectar al procedimiento de convocatoria de la junta general, y dar lugar a divergencias entre el contenido de la escritura de constitución de la sociedad y la inscripción registral, se entiende necesaria autorización expresa del presentante, sin que baste una solicitud genérica de inscripción parcial del documento».

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3.1, 1281, 1282, 1284 y 1285 del Código Civil; 11 quater, 28 y 173 de la Ley de Sociedades de Capital; 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 la Dirección general de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 2011; la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2011, y las Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 18 de abril de 1994, 16 de abril de 2005, 14 de diciembre de 2010, 23 de marzo y 4 y 29 de junio de 2011, 9 y 13 de febrero y 2 de agosto de 2012, 3 de abril de 2013, 28 de octubre de 2014, 13 de enero de 2015 y 25 de abril de 2016.

1. En este expediente debe determinarse si es o no inscribible la disposición de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada según la cual «La Junta deberá convocarse mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad. En el caso de que ésta no exista, al menos, mediante remisión de carta certificada con acuse de recibo a cada uno de los socios en el domicilio que figure en el libro registro; pero será también válido cualquier otro medio de fehaciencia superior, especialmente su remisión por conducto notarial».

El registrador fundamenta su negativa a la inscripción de dicha cláusula en que, a su juicio, la inclusión «de la frase «cualquier otro medio de fehaciencia superior» no cumple con lo dispuesto en el artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no exige fehaciencia en la convocatoria sino procedimiento que asegure la recepción de la misma por los socios».

2. Con carácter previo es necesario hacer referencia a dos cuestiones no sustantivas planteadas en el escrito de recurso y que se refieren a la notificación de la calificación y a la solicitud de inscripción parcial.

Respecto de la primera cuestión, ciertamente, en caso de calificación negativa el registrador Mercantil debe notificarla al notario autorizante de la escritura calificada en el plazo y la forma establecidos en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria (aplicable en el

ámbito del Registro Mercantil, según la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre). Además, en este precepto, y en garantía de los interesados, se establecen los requisitos formales de la calificación negativa del registrador y se dispone que la notificación de ésta se efectuará conforme a los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (actualmente, artículos 40 a 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). En el presente supuesto el notario recurrente reconoce que recibió, en fecha que detalla, la notificación de la calificación, cuya autoría no discute; e interpone el recurso en condiciones que implican el pleno conocimiento en tiempo oportuno del contenido de la notificación.

En relación con la solicitud, no atendida, de inscripción parcial que contiene la escritura es doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 18 abril de 1994, 14 de diciembre de 2010, 13 de febrero de 2012 y 3 de abril de 2013) que no basta con que la inscripción parcial se solicite por la parte interesada sino que es necesario que la inscripción así practicada no desvirtúe el negocio celebrado entre las partes. Y en este caso, además de concurrir todos los interesados en el otorgamiento donde consta una cláusula expresa de solicitud de inscripción parcial, es indudable que la cláusula estatutaria sobre convocatoria de la junta había sido perfectamente inscribible aun eliminado de la redacción del artículo la frase relativa a «cualquier otro medio de fehaciencia superior» de la convocatoria, al tratarse de una estipulación puramente potestativa, que no supone una alteración sustancial de lo pactado ni afecta a la publicidad registral.

3. Por lo que se refiere al fondo del asunto debatido, con la finalidad de simplificar y disminuir los costes en las convocatorias de la junta general de las sociedades de capital el artículo 173 de su Ley reguladora, en sustitución de la forma de convocatoria prevista con carácter supletorio (anuncio publicado en la página web de la sociedad, inscrita y publicada, o, en su defecto, anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social) permite que los estatutos sociales establezcan «que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad».

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. Por ello, para enjuiciar la admisibilidad o el rechazo de los procedimientos estatutarios de convocatoria de la junta general en sustitución de la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en la web o en un diario, deberá apreciarse si con aquéllos se cumplen o no las garantías de información que sobre la convocatoria se pretende asegurar por la norma legal.

Como se ha expresado en la Resolución de 2 de agosto de 2012, 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).

De la interpretación teleológica y sistemática del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. artículo 11 quater de la misma Ley), atendiendo además a la realidad social sobre la utilización de las comunicaciones por vía telemática (cfr. artículo 3.1 del Código Civil; y artículo 231—59 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, objeto de informe en el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014) y al principio de autonomía de la voluntad que respecto de tal extremo se reconoce por la ley (cfr. artículo 28), resulta la admisibilidad de las cláusulas estatutarias que establezcan sistemas de convocatoria que permitan asegurar razonablemente la recepción del anuncio por el socio; y ningún obstáculo existe para que en tales cláusulas se exijan determinados requisitos de fehaciencia de la comunicación de la convocatoria y de la recepción de la misma por los socios.

4. En el presente caso, de la escueta calificación impugnada se desprende no que el registrador niegue la posibilidad de exigir en los estatutos la fehaciencia en la convocatoria de la junta general, sino que, a su juicio, el sistema previsto no asegura la recepción de la convocatoria por los socios. Lo que ocurre es que este criterio no puede ser confirmado.

De los artículos 1281 y 1282 del Código Civil resulta que la intención evidente de los contratantes prevalece sobre las palabras empleadas y de los artículos 1284 y 1285 resulta que si «una cláusula de un contrato admitiera diversos sentido —el artículo de los estatutos debatido— deberá entenderse en el más adecuado para que surta efecto» y que «las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras atribuyendo a las dudosas en sentido que resulte del conjunto de todas». Por ello, de una interpretación no sólo literal, sino también teleológica y sistemática de la cláusula debatida se desprende inequívocamente que al referirse a cualquier otro medio de fehaciencia superior al previsto —remisión de carta certificada con acuse de recibo a cada uno de los socios— y especialmente su remisión por conducto notarial, se está exigiendo esa fehaciencia no sólo del mero envío de la comunicación de la convocatoria sino de la íntegra convocatoria, es decir del procedimiento de comunicación de la misma y, por ende, también de la recepción del anuncio por los socios a la que se refiere el citado artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

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, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de diciembre de 2017.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego