

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

1519 *Resolución de 2 de enero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XI de Barcelona a inscribir determinados acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por doña E. M. M., en su calidad de administradora única entrante de la sociedad mercantil «Jael Trans 2017, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XI de Barcelona, don Heliodoro Sánchez Rus, a inscribir determinados acuerdos adoptados por la junta general de dicha sociedad.

Hechos

I

El 26 de julio de 2018 se presentó telemáticamente en el Registro Mercantil de Barcelona (asiento 3863 en el Diario 1291), acta notarial (artículos 101 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil) autorizada en Badalona el 28 de junio de 2018 (número 786 de protocolo) por la notaria doña Blanca Pardo García; acta que recoge los acuerdos adoptados por la junta general de determinada sociedad limitada relativos al de ejercicio de la acción social de responsabilidad, modificación del sistema de administración y nombramiento de administrador único (en la persona de la recurrente).

Sobre dicha presentación recae una primera calificación del siguiente tenor:

«(...) Fundamentos de derecho (defectos).

1. Los estatutos (artículo 13) establecen como modo de convocar «correo certificado con acuse de recibo», única forma de convocatoria a través de la cual los socios esperarán ser convocados, y única a la que habrán de prestar atención. 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, goce o no de mayor publicidad.

A pesar de manifestar la compareciente, Doña E. M. M., que la convocatoria se ha efectuado por burofax (faltaría certificar si fue realizado con acuse de recibo), según resulta de los documentos incorporados a la escritura presentada a inscripción, la convocatoria se ha efectuado por el operador "Logalty Servicios de Terceros de Confianza, S.L." por notificación certificada postal.

El único operador postal cuya actuación goza de la presunción de veracidad y fehaciencia es el operador designado y éste actualmente es la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. de acuerdo con el artículo 22.4 y con la disposición adicional primera de la Ley 43/2010 (RCL 2010, 3350)». Dicho operador goza "de presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, tanto las realizadas por medios físicos como telemáticos". Esa fehaciencia resulta necesaria para que, sin necesidad de pruebas complementarias, la declaración del notificador baste para tener por constatados el rechazo o la imposibilidad de la notificación. Hay que recordar que son numerosas las sentencias judiciales que han negado esa fehaciencia a las empresas privadas. (Artículos 159, 166, 167 y 173 de la Ley de Sociedades de Capital, 97.1.2.^a y 7.^a, 107.2, 112 y 186.1 del Reglamento del Registro Mercantil, Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 10 de junio y 16 de noviembre de 2015 y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 enero de 2015, 9 de septiembre de 2015, 21 de octubre de 2015 y 27 de enero de 2016).

2. Así mismo, sin perjuicio del defecto señalado anteriormente, las comunicaciones de la convocatoria de la Junta, realizadas en fecha 15 de junio de 2018, no se han efectuado con quince días de antelación como exige el artículo 176 de la Ley de Sociedades de Capital (Artículos 173, 176 de la Ley de Sociedades de Capital, 97 y 203 del Reglamento del Registro Mercantil y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de julio de 2016).

En relación con la presente calificación: (...).

Barcelona, a 8 de agosto de 2018. El Registrador».

La notaria autorizante autorizó una diligencia subsanatoria el 10 de agosto de 2018, en la que hace constar: «- En el apartado primero de la parte expositiva de la presente escritura por error material se hizo constar que las comunicaciones individuales a los socios fueron efectuadas mediante burofax el día quince de junio de dos mil dieciocho, cuando en realidad se realizaron mediante correo certificado con acuse de recibo el día doce de junio de dos mil dieciocho según resulta de los comprobantes ya incorporados a la precedente matriz en el momento de su otorgamiento. - Asimismo se me ha entregado certificado donde consta que la comunicación no se pudo realizar y que queda incorporada con la presente diligencia (...))».

El 13 de agosto de 2018 se presenta telemáticamente esa diligencia complementaria y, nuevamente, la reseñada acta, recayendo la siguiente calificación:

«(...) Documento calificado: Acta de requerimiento autorizada por la Notario Doña Blanca Pardo García el día 28 de junio de 2018, número 786 de protocolo.

Fecha de la calificación: 24/08/2018.

Documentación complementaria: Se acompaña diligencia extendida por la mencionada Notario Señora Pardo el día 10 de agosto de 2018.

Fundamentos de derecho (defectos).

- Se reitera en parte el primer defecto observado en la anterior nota de esta oficina de fecha 8 de agosto de 2018 por cuanto:

- El único operador postal cuya actuación goza de la presunción de veracidad y fehaciencia es el operador designado y éste actualmente es la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. de acuerdo con el artículo 22.4 y con la disposición adicional primera de la Ley 43/2010 (RCL 2010, 3350)». Dicho operador goza «de presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, tanto las realizadas por medios físicos como telemáticos». Esa fehaciencia resulta necesaria para que, sin necesidad de pruebas complementarias, la declaración del notificador baste para tener por constatados el rechazo o la imposibilidad de la notificación. Hay que recordar que son numerosas las sentencias judiciales que han negado esa fehaciencia a las empresas privadas. (Artículos 159, 166, 167 y 173 de la Ley de Sociedades de Capital, 97.1.2.^a y 7.^a, 107.2, 112 y 186.1 del Reglamento del Registro Mercantil, Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 10 de junio y 16 de noviembre de 2015 y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 enero de 2015, 9 de septiembre de 2015, 21 de octubre de 2015 y 27 de enero de 2016).

Los defectos consignados tienen carácter subsanable.

En relación con la presente calificación: (...).

Barcelona, a 24 de Agosto de 2018. El Registrador».

II

El 25 de septiembre de 2018, se presentó de nuevo, telemáticamente, la citada acta, que fue objeto de la calificación, ahora recurrida, en los siguientes términos:

«El Registrador que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación del documento, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, he resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho (...)

Fundamentos de Derecho (defectos).

– Se reitera el defecto observado en la anterior nota de esta oficina de fecha 24 de agosto de 2018 por cuanto:

– El único operador postal cuya actuación goza de la presunción de veracidad y fehaciencia es el operador designado y éste actualmente es la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. de acuerdo con el artículo 22.4 y con la disposición adicional primera de la Ley 43/2010 (RCL 2010, 3350)». Dicho operador goza «de presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, tanto las realizadas por medios físicos como telemáticos». Esa fehaciencia resulta necesaria para que, sin necesidad de pruebas complementarias, la declaración del notificador baste para tener por constatados el rechazo o la imposibilidad de la notificación. Hay que recordar que son numerosas las sentencias judiciales que han negado esa fehaciencia a las empresas privadas. (Artículos 159, 166, 167 y 173 de la Ley de Sociedades de Capital, 97.1.2.^a y 7.^a, 107.2, 112 y 186.1 del Reglamento del Registro Mercantil, Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 10 de junio y 16 de noviembre de 2015 y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 enero de 2015, 9 de septiembre de 2015, 21 de octubre de 2015 y 27 de enero de 2016)

En relación con la presente calificación: (...).

Barcelona, a 1 de Octubre de 2018. El Registrador».

III

Doña E. M. M., en su calidad de administradora única entrante de la sociedad mercantil «Jael Trans 2017, S.L.», interpuso recurso contra la anterior calificación mediante escrito que causó entrada en el Registro de Mercantil y de Bienes Muebles de Barcelona el 5 de octubre de 2018, en el que alega lo siguiente:

«(...) I. Que en fecha 28 de junio de 2018, mediante escritura otorgada por la Notaría de Badalona, doña Blanca Pardo García, bajo número 786 de su protocolo, se elevaron a público los acuerdos de la Junta de la sociedad Jael Trans 2017, S.L. de esa misma fecha, entre los que constan:

«Cuarto.–Ejercicio de acción social de responsabilidad ex art. 236, 237, 23S y 239 de la LSC contra el Administrador Solidario Don J. R. M.

Quinto.–Modificación del actual sistema de Administración de la Sociedad de Administradores Solidarios a Administrador único y nombramiento de Administrador único».

Se acompañaba como Anexo I copia de la citada escritura sin que la misma sea original o testimoniada, por haber sido presentada telemáticamente por la Sra. Notaria, por lo que cuya copia autorizada electrónica del documento telemáticamente remitido y calificado está a disposición del Sr. Registrador.

II. Que la convocatoria de la Junta General se realizó al socio al domicilio Social que consta en el Libro Registro de Socios y, además, al propio domicilio de la Sociedad por ser el socio convocado administrador solidario de la misma, por carta certificada con acuse de recibo, de conformidad con los Estatutos Sociales, realizado por el operador privado «Logalty Servicios de Tercero de Confianza, S.L» («Logalty»).

III. Que la Sra. Notaria, en representación del nuevo Administrador Único de la sociedad, procedió a la presentación de la escritura, en fecha 25 de septiembre de 2018 y número de entrada 381149919, la cual fue calificada negativamente por este registro por el siguientes motivo:

«El único operador postal cuya actuación goza de presunción de veracidad y fehaciencia es el operador designado y éste actualmente es la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. (...) Dicho operador goza «de presunción de veracidad fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad, de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, tanto las realizadas por medios físicos como telemáticos». Esta fehaciencia resulta necesaria para que, sin necesidad de pruebas

complementarias, la declaración del notificador baste para tener por constatados el rechazo o la imposibilidad de notificación (...)». (...).

IV. Que no estando de acuerdo con la citada calificación, dentro del plazo de un mes concedido a tal fin, esta parte presenta este recurso gubernativo en base al artículo 326 y ss. de la Ley Hipotecaria y en base a las siguientes

Alegaciones:

Primera: De lo que establecen los Estatutos Sociales.

Los Estatutos sociales de Jael Trans 2017, S.L. en su artículo 13.º, prevén que la convocatoria de la Junta General deberá realizarse por comunicación individual y escrita a todos los socios, al domicilio que conste en el Libro Registro, por correo certificado con acuse de recibo.

Considera esta parte que no establecen los Estatutos Sociales obligación alguna de que el correo certificado con acuse de recibo deba ser enviado por el operador «Correos» (operador designado) ni que dicha notificación deba realizarse mediante medios fehacientes algunos.

Considerando el Sr. Registrador que la fehaciencia resulta necesaria para que el operador certifique el rechazo o imposibilidad de notificación está introduciendo subjetivamente una obligación a los Administradores de que el operador que notifique sobre la convocatoria tenga que ser forzosamente «Correos», cuando los servicios postales fueron ya liberalizados mediante la Ley 24/1998 de 13 de julio; pues no hay forma de saber si el socio rechazará o no se encontrará en su domicilio una vez enviada la convocatoria.

El Registrador introduce, por tanto, una obligación inexistente en los estatutos sociales por cuanto obliga a que se contrate con el operador «Correos» para realizar una notificación que una empresa privada distinta puede llevar a cabo, dificultando así el normal desarrollo societario y el principio de libre competencia establecido en los artículos 1.º y 2.º de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

En la misma línea que lo anterior, no comparte esta parte el criterio del Sr. Registrador, por cuanto si acepta que sea una empresa privada la que notifique al socio, por correo certificado con acuse de recibo, cuando el socio ha aceptado la notificación, no es posible considerar en cambio que si no la acepta (la rechaza) o no se encuentra en el domicilio, no sea válida la manifestación de la empresa privada de tal hecho y obligue a que dicha manifestación se realice por «Correos».

Dicha consideración quiebra la voluntad de la sociedad por cuanto ésta, mediante sus Estatutos, manifiesta la posibilidad de que se notifique al socio, siempre que exista un acuse de recibo. Nada establece de la necesidad de fehaciencia en caso de que el socio no acepte la notificación o no se encuentre en el domicilio ni tampoco nada manifiesta en relación con la obligación de que dicha notificación se tenga que realizar por un operador concreto.

Es más, dicha consideración y obligación intrínseca de contratar con un operador concreto, quiebra el principio de libre mercado y perpetúa el monopolio de «Correos» con respecto a los otros operadores, véase por ejemplo lo establecido en la STS 663/2018 de la Sala 3, Contencioso Administrativo, de 245 [sic] de abril de 2018:

«En efecto, si bien la notificación efectuada por cualquier operador puede servir como prueba en un litigio, ello no supone rechazar que la presunción de veracidad y fehaciencia que le otorga el citado artículo 22.4 de la Ley Postal supone una clara ventaja competitiva para la prestación del servicio de notificaciones. Por tanto, siendo clara tal ventaja de la notificación efectuada por Correos como operador que tiene a su cargo la prestación de servicio postal universal (presunción de veracidad frente a normas probatorias de derecho común), la denegación injustificada de dicho servicio a los restantes operadores supone una ventaja competitiva para Correos y Telégrafos que constituye un abuso de la clara posición dominante de Correos en dicho mercado. Hay que tener presente que se parte de la base no puesta en duda por ninguna de las partes

de la imposibilidad para los restantes operadores de duplicar la red heredada por Correos de la etapa del servicio de correos como monopolio público.

La ventaja competitiva es tanto más evidente cuanto que consta en autos que en muchas ocasiones tal presunción de veracidad y fehaciencia es un requisito que en muchos concursos de para la contratación de servicios postales, las administraciones contratantes exigen como condición dicha presunción de veracidad y fehaciencia contemplados por el artículo 22. 4, primer párrafo, de la Ley Postal».

Pero es que en el caso concreto, dicha fehaciencia ni tan siquiera es obligatoria según los Estatutos Sociales.

Por ello, entiende esta parte que se extralimita el Sr. Registrador en entrar a valorar qué operador es el que debe certificar el acuse de recibo de la convocatoria si, en ningún caso, nada establecen los estatutos ni se requiere fehaciencia del envío.

Segunda: De la validez de las notificaciones realizadas por operadores privados. Seguridad jurídica y fehaciencia.

Habida cuenta de los motivos indicados en la Alegación Primera, no comparte esta parte el criterio del Sr. Registrador, por cuando impone a entidades privadas una obligación que ni tan siquiera existe, en cuanto a las notificaciones se refiere, para las entidades públicas con respecto a los ciudadanos, así, véase por ejemplo la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales Resolución de 20 junio. JUR 2015\123671, por cuanto:

«Tampoco es posible afirmar, mediante una interpretación literal del pliego, que se exija "fehaciencia legal" al contenido del burofax o telegrama, pues lo que se admite realmente es que puedan combinarse con los servicios de acuse de recibo y copia certificada que proporciona una "copia autenticada" de su contenido, y si bien la LGT atribuye a Correos la acreditación de fehaciencia del contenido de los mensajes realizados mediante servicios de télex, telegráficos y otros similares, nada impide, puesto que para este caso no se requiere "fehaciencia legal" sino "copia autenticada", que ello se pueda realizar por otras empresas siempre que las mismas acrediten el poder prestar el servicio en las condiciones que se demanda, como es el Caso de SEUR, según manifiesta el órgano de contratación, a través de su sistema de notificación Logalty.»

Además, a los efectos de dotar de más seguridad jurídica al envío, existe también acta notarial de depósito donde consta el estado del envío.

Entiende esta parte que las notificaciones realizadas por operadores privados gozan de la misma seguridad jurídica que «Correos», ya que los servicios postales son servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia ya que el proceso de liberalización del sector postal español se inició en 2008 con la adopción de la Directiva 2008/6/CE. Desde entonces cualquier empresa privada podía prestar servicios hasta ese momento reservados al operador postal existente Correos.

Como cualquier operador postal actual, en este caso la sociedad Logalty, cumple con lo establecido en la normativa vigente sobre notificaciones certificadas, en concreto con:

- La Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 572 y 573. En este sentido, además, garantiza plenamente las garantías de entrega y de integridad de contenido.
- La Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal (que supone la trasposición de la Directiva Comunitaria 2008/6/CE, de 20 de febrero).
- La normativa que regula las notificaciones administrativas, que está recogida en los artículos 41, 42, 43 y 44 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Logalty dispone de autorización administrativa como operadores postales por la Comisión Nacional del Sector Postal para la operación de un servicio de envío de notificaciones certificadas postales.

Asimismo, considera esta parte que Logalty dispone de la misma fehaciencia de la que dispone el servicio equivalente del mercado liberalizado del sector postal, al seguir las normas establecidas en el reglamento postal. Tal fehaciencia proviene de la aplicación de técnicas y procedimientos que ofrecen las debidas garantías de acuse de recibo y certificación de contenido que permitan garantizar que una notificación ha sido

recibida por el interesado o un receptor válido correctamente identificado, así como de la fecha y contenido del acto notificado, de conformidad con las normas que regulan las notificaciones administrativas. Además de ello, todas las transacciones realizadas a través de Logalty son selladas por una Entidad de Certificación y el contenido (función resumen) de los documentos es depositado en Notarios.

Entiende esta parte que todo lo anterior es válido y suficiente para garantizar la seguridad jurídica del envío de las comunicaciones y del certificado del estado de éstas, pues no sólo interviene el operador privado, sino también el fedatario público.

Y, por todo lo anterior, en su virtud,

Solicita: Que teniendo por presentado este escrito en tiempo en forma, se sirva admitirlo y a los documentos que se acompañan, se estimen las alegaciones presentadas y se proceda a inscribir la escritura de fecha 28 de junio de 2018, número de entrada 38114999 y, en consecuencia, inscribir la destitución del Administrador Solidario y el nombramiento del Administrador Único Entrante».

IV

Mediante escrito de 19 de octubre de 2018 el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe consta que el registrador dio traslado del recurso a la notaria autorizante, a los efectos previstos en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, sin que formulara alegaciones

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 3, 4, 1281 a 1285 y 1289 del Código Civil; 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 23, 28, 93, 164 y 173, en sus diversas redacciones, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 572 y 573 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 22.4 y la disposición adicional primera de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; los artículos 11, 58, 63, 97 y 101 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; 39 a 44 del Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, aprobado por Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre; 202 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2001 y 10 de junio y 16 de noviembre de 2015; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero y 14 de octubre de 1991, 25 de abril y 25 de septiembre de 1997, 15 de octubre de 1998, 25 de febrero, 7 de abril y 14 de octubre de 1999, 22 y 29 de abril de 2000, 12 de noviembre de 2001, 11 de noviembre de 2002, 26 de febrero, 24 de marzo y 28 de diciembre de 2004, 2 y 16 de abril y 18 de noviembre de 2005, 13 de diciembre de 2010, 21 de marzo, 6 de abril, 29 de junio, 5, 8 y 21 de julio y 16 de septiembre de 2011, 9 de febrero, 9 y 13 de marzo, 4 de abril, 8 y 22 de mayo y 10 de octubre de 2012, 11, 16 y 26 de febrero, 11 de julio, 23 de septiembre y 1 y 23 de octubre de 2013, 5 de marzo, 23 de mayo y 13 de septiembre de 2014, 13 de enero, 1 de abril, 5 y 15 de junio, 7, 9 y 21 de septiembre y 24 de noviembre de 2015, 27 de enero, 4 y 25 de abril y 2 y 3 de noviembre de 2016, 13 de septiembre y 20 de diciembre de 2017 y 18 de abril y 17 y 25 de octubre de 2018.

1. En el presente recurso son relevantes las siguientes circunstancias:

a) Se presenta en el Registro Mercantil un acta notarial de junta general (conforme a los artículos 101 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil) en la que constan los acuerdos adoptados relativos al ejercicio de la acción social de responsabilidad, modificación del sistema de administración y nombramiento de administrador único (en la persona de la recurrente).

b) La convocatoria, realizada por doña E. M.M. como, entonces, administradora solidaria de la sociedad, fue cursada al otro socio (también administrador solidario), mediante dos comunicaciones realizadas por el operador privado «Logalty Servicios de Tercero de Confianza, S.L. (Logalty)», indicando aquella señora en su escrito de impugnación que las comunicaciones se dirigieron al domicilio de la sociedad «y además al socio, al domicilio social que consta en el Libro Registro de Socios».

Obran incorporados al acta dos documentos con la leyenda «Logalty. Certificado. Notificación certificada postal». En uno de ellos consta como remitente doña E. M. M.; destinatario don J. R. N., con un domicilio en determinada dirección de Badalona (...); y en un apartado titulado «estado»: No entregado, destinatario desconocido. Fecha último estado: viernes, 15 de junio de 2018». En el otro, consta la misma remitente y el mismo destinatario, una dirección de destino en la localidad de Sant Fost de Campsentelles, y en el apartado «estado»: «no entregado, dejado aviso. Fecha último estado: viernes, 15 de junio de 2018». Y en ambos: fecha de creación el 12 de junio de 2018; un apartado titulado «verificación notarial», con determinada referencia de depósito notarial; y otro titulado «verificación electrónica», con la mención: «Convocatoria firmada.pdf».

c) La calificación negativa se basa en que el único operador postal cuya actuación goza de la presunción de veracidad y fehaciencia es el operador designado y éste actualmente es la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.», de acuerdo con el artículo 22.4 y con la disposición adicional primera de la Ley 43/2010. Que dicho operador goza «de presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, tanto las realizadas por medios físicos como telemáticos»; y que esa fehaciencia resulta necesaria para que, sin necesidad de pruebas complementarias, la declaración del notificador baste para tener por constatados el rechazo o la imposibilidad de la notificación.

d) Se recurre la calificación alegándose, básicamente, que el registrador introduce una obligación inexistente en los estatutos sociales, por cuanto obliga a que se contrate con el operador «Correos» para realizar una notificación que una empresa privada distinta puede llevar a cabo, dificultando así el normal desarrollo societario y el principio de libre competencia establecido en los artículos 1 y 2 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal. Se alega además:

– Que si el registrador acepta que sea una empresa privada la que notifique al socio, por correo certificado con acuse de recibo, cuando el socio ha aceptado la notificación, no es posible considerar en cambio que si no la acepta (la rechaza) o no se encuentra en el domicilio, no sea válida la manifestación de la empresa privada de tal hecho y obligue a que dicha manifestación se realice por «Correos».

– Que impone a entidades privadas una obligación que ni tan siquiera existe, en cuanto a las notificaciones se refiere, para las entidades públicas con respecto a los ciudadanos.

– Que a los efectos de dotar de más seguridad jurídica al envío, existe también acta notarial de depósito donde consta el estado del envío; añadiendo que las notificaciones realizadas por operadores privados gozan de la misma seguridad jurídica que «Correos», ya que los servicios postales son servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia, pues el proceso de liberalización del sector postal español se inició en 2008 con la adopción de la Directiva 2008/6/CE, y desde entonces cualquier empresa privada podía prestar servicios hasta ese momento reservados al operador postal existente Correos; cumpliendo la sociedad «Logalty» con lo establecido en la normativa vigente sobre notificaciones certificadas.

– Que Logalty dispone de la misma fehaciencia de la que dispone el servicio equivalente del mercado liberalizado del sector postal, al seguir las normas establecidas en el reglamento postal; y tal fehaciencia proviene de la aplicación de técnicas y procedimientos que ofrecen las debidas garantías de acuse de recibo y certificación de contenido que permitan garantizar que una notificación ha sido recibida por el interesado

o un receptor válido correctamente identificado, así como de la fecha y contenido del acto notificado, de conformidad con las normas que regulan las notificaciones administrativas. Además, todas las transacciones realizadas a través de Logalty son selladas por una entidad de certificación y el contenido (función resumen) de los documentos es depositado en notarios.

2. Como tiene declarado el Tribunal Supremo -Sala Tercera- en Sentencia de 22 de mayo de 2000 (y según la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la referida doctrina del Tribunal Supremo –*vid.*, por todas, la Resolución de 18 de abril de 2018–), el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la misma supondría indefensión para el recurrente (*vid.*, entre otras muchas, las Resoluciones de 24 de marzo de 2004 y 13 de diciembre de 2010).

Hechas las anteriores precisiones sobre el objeto del recurso, es la calificación tal y como ha sido formulada en el presente caso la que debe ser objeto de análisis, sin que puedan abordarse otras cuestiones que derivan de preceptos vigentes en el momento del otorgamiento y al tiempo de la presentación al Registro del documento calificado. Respecto de tales cuestiones, sorprende que, según la documentación incorporada a este expediente, el único título calificado es un acta notarial de junta general, cuando es imprescindible que todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consigne en escritura pública –y se inscribe en el Registro Mercantil– (artículo 210.4 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por lo demás, según reiterada doctrina de esta Dirección General (*vid.* Resoluciones de 12 de noviembre de 2001, 28 de diciembre de 2004, 2 de abril y 18 de noviembre de 2005, 11 de julio de 2013, 5 de marzo y 13 de septiembre de 2014, 7 de septiembre de 2015, 4 de abril de 2016 y 13 de septiembre de 2017) nunca una exigencia formal como es la de una calificación íntegra podrá prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica sobradamente la posibilidad, que igualmente debería entenderse como obligación, de poner de manifiesto los defectos que se observen aunque sea extemporáneamente, del mismo que podrán los interesados ejercitar las acciones que estimen oportunas en razón a los daños y perjuicios que hayan podido haber sufrido con tal proceder.

3. Es también doctrina reiterada de este Centro Directivo que, existiendo previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta, dicha forma habrá de ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema, goce de mayor o menor publicidad, incluido el legal supletorio (*cfr.*, entre otras, Resoluciones de 15 de octubre de 1998, 15 de junio y 21 de septiembre de 2015 y 25 de abril de 2016), de suerte que la forma que para la convocatoria hayan establecido los estatutos ha de prevalecer y resultará de necesaria observancia cualquiera que la haga, incluida por tanto la convocatoria judicial o registral.

Estas afirmaciones se apoyan en el hecho de que, como ha puesto de relieve este Centro Directivo, 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 (*vid.* Resolución de 16 de febrero de 2013).

Este carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas ocasiones, como las

clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores (*vid.* Sentencia de 30 de enero de 2001).

Como puso de relieve este Centro en Resolución de 3 de noviembre de 2016, siguiendo el criterio de otras anteriores, cuando se trata de medios privados de convocatoria, aunque se inserte el anuncio de convocatoria en la escritura o en la certificación, no resulta ello suficiente para que el registrador pueda verificar que el mismo ha sido remitido a los socios con la antelación debida y que dicha remisión ha sido efectuada efectivamente a todos los partícipes de la sociedad. Por ello, resulta fundamental para estos casos la previsión contenida en el artículo 97.1.2 del Reglamento del Registro Mercantil al establecer como parte del contenido del acta de los acuerdos sociales de las sociedades mercantiles la «fecha y modo en que se hubiere efectuado la convocatoria, salvo que se trate de Junta o Asamblea universal». A su vez, el artículo 112.2 del mismo Reglamento exige que en la certificación de dicha acta presentada para su inscripción en el Registro Mercantil consten «todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados». Es decir, en el caso de emplearse medios privados de convocatoria, es necesario que quede constancia en la forma indicada tanto de la fecha como de la forma en que ha sido realizada la convocatoria de la junta, pues dichos datos son necesarios para que el registrador pueda calificar la regularidad de dicha convocatoria, al comprobar por la fecha que la misma se ha realizado con la antelación debida, y que -por la forma que ha sido realizada- se ajusta a los medios estatutariamente establecidos (*vid.*, entre otras, las Resoluciones de esta Dirección General de 16 de febrero de 2013 y 24 de noviembre de 2015).

En relación con un acta notarial que reflejaba los acuerdos de una junta general de sociedad limitada la Resolución de 6 de abril de 2011 puso de relieve que «los elementos esenciales para poder apreciar la regularidad de la convocatoria, son, entre otros, la fecha y modo en que la misma se haya efectuado cuando no se trate de junta universal», y que dicha exigencia no puede entenderse cumplida por una manifestación tan genérica como la vertida en el caso entonces analizado («que la Junta ha sido debidamente convocada por correo certificado con acuse de recibo y con la antelación mínima de quince días que establece la Ley y que asimismo recogen los estatutos»). Es decir que tanto la fecha en que se ha realizado la convocatoria de la junta, como también su forma, son elementos esenciales para que el registrador pueda calificar la regularidad de la convocatoria de dicha junta, y por tanto de los acuerdos adoptados en la misma, siendo así que la expresión de dichos datos debe hacerse con la claridad necesaria para que puedan ser reflejados de forma indubitada en el asiento (artículo 58.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

En el mismo sentido, la Resolución de 16 de septiembre de 2011, tras recordar que «tratándose de acuerdos que hayan de inscribirse en el Registro Mercantil, deben constar en la certificación que del acta se expida los elementos esenciales para poder apreciar la regularidad de la convocatoria, y en concreto, la fecha y modo en que la misma se haya efectuado, cuando no se trate de junta universal (véase artículos 97.2.a y 112.2 del Reglamento del Registro Mercantil...», y que «ello se debe a la competencia del registrador para calificar la validez de los actos inscribibles (artículo 18 del Código de Comercio), consecuencia de la cual el artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil exige que la certificación que se presente a inscripción deba contener los elementos necesarios para calificar su validez», añade a continuación que es necesario que en la certificación se exprese de forma concreta la forma en que se ha realizado la convocatoria –sin que baste la remisión a estatutos–, precisamente para que el registrador verifique que la misma fue la prevista en los estatutos sociales.

En definitiva, la concreta forma de convocatoria de la junta general prevista en los estatutos ha de ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema (*vid.* Resolución de 1 de octubre de 2013), pues 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.

4. Interesa ahora abordar una cuestión de no menor trascendencia en el presente recurso, a la vista de la forma en que se ha realizado la convocatoria –cursada como remitente por una persona física «con nombre y apellidos», tal y como reza en los justificantes incorporados al acta–, y que fue cursada a través de determinado operador postal. Y hay que comenzar poniendo de relieve cómo la promulgación de Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, derivó de la necesidad de transponer, antes del 31 de diciembre de 2010, la Directiva 2008/6/CE, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales en la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio. Y en el Preámbulo de la citada ley se expresa lo siguiente: «(...) se pretende proporcionar un nuevo marco legal que, al tiempo que incorpora a nuestro ordenamiento interno la citada Directiva postal 2008/6/CE, garantiza los derechos de los ciudadanos a recibir un servicio postal universal de amplia cobertura territorial y elevada calidad y eficiencia y refuerza la sostenibilidad financiera de este servicio que se encomienda a la sociedad estatal Correos y Telégrafos, S.A.». Añade que «respecto a la calidad de los servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal, la ley tiene como objetivo garantizar que el operador designado en España para la prestación de dicho servicio alcance en su prestación unos estándares de calidad similares a los de los países más avanzados en esta materia en el conjunto de los 27 Estados miembros de la Unión Europea (...)».

Se ha afirmado, por ello, que se trata de un sector que se encuentra liberalizado, con reglas que permiten la libre concurrencia, posibilitando que otras entidades colaboren con el operador al que se haya encomendado la prestación del servicio postal universal, siendo este último necesario –se añade– para garantizar un servicio de amplia cobertura territorial, y elevada calidad y eficiencia. Y en la disposición adicional primera se designa por un período de 15 años a la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima» (Correos), como operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal, al ser la única entidad que está en condiciones de prestar este servicio con la calidad y extensión requeridas, y se establece la suscripción de un contrato regulador de la prestación del citado servicio, que se celebrará por sucesivos períodos quinquenales, entre los Ministerios de Economía y Hacienda y Fomento y el operador designado, y en el que se determinarán los derechos y obligaciones atribuidos a las partes.

Pero hay que resaltar, respecto del prestador del servicio postal universal («Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.»), que, como resulta del artículo 22.4 de la 43/2010, únicamente las notificaciones efectuadas por éste gozan de «la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega (...), tanto las realizadas por medios físicos, como telemáticos». Por lo demás la misma ley, en su artículo 22.4, párrafo segundo, establece que «las notificaciones practicadas por los demás operadores postales surtirán efecto de acuerdo con las normas de derecho común y se practicarán de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»; referencia esta última que ha de ser actualizada a la vista de la posterior Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Ley que prevé, por ejemplo, que cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Que si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar

esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación; intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. Y que en caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación; si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá en la forma prevista en el artículo 44 de la misma.

En este ámbito administrativo, ciertamente diferente al notarial y registral pero que puede ser de utilidad a la hora de resolver el presente recurso, se ha entendido que del actual marco regulador de los servicios postales no se deduce que otros operadores distintos al operador postal universal no puedan llevar a cabo válidamente la notificación de actos administrativos, sino que éstos no disfrutan del efecto reforzado que establece la norma en cuanto a la fehaciencia que la ley otorga a la notificación efectuada por el operador que presta el servicio postal universal, así como que la prueba de la notificación infructuosa o del rechazo de la misma resulta fortalecida cuando la hace el operador postal universal, pero no por ello la notificación resultaría inválida. Eso sí, cuando se trate de notificaciones llevadas a cabo por otros operadores distintos del operador postal universal, sus efectos se regirán por las normas de derecho privado en lo referido a su valor probatorio (cfr. artículo 39 del Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, aprobado por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre).

Este Reglamento dedica unas disposiciones generales a la entrega de notificaciones en su artículo 41. Conforme a este precepto, en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el acuse de recibo que acompañe a la notificación, se deberá hacer constar la fecha, identidad, número del documento nacional de identidad o del documento que lo sustituya y firma del interesado o persona que pueda hacerse cargo de la notificación. También deberá firmar el aviso de recibo y hacer constar su identificación el empleado del operador postal. Del mismo modo, el artículo 42 prescribe las formalidades por observar en el segundo intento de entrega cuando el primero resulta infructuoso.

En el caso examinado, vistos los datos fácticos que conforman el recurso, se trata de una actuación en un ámbito incardinable en el Derecho privado; y en el seno del procedimiento registral, que tiene unas singularidades legalmente reconocidas, pues tanto él, como la actuación notarial, han de desenvolverse con parámetros distintos a los de los tribunales a la hora de la apreciación y valoración de los elementos probatorios que en su caso puedan aportarse en el seno de un proceso con contradicción. Y es que notarios y registradores carecen del «imperium» (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) que es inherente a la jurisdicción, lo que sin duda incide muy especialmente a la hora de valorar la prueba de la actuación de un operador postal distinto del universal; valoración que, al margen del proceso, quedará sujeta a las normas del derecho privado en cuanto a la eficacia y validez probatoria de la documentación generada una vez cursada la pretendida notificación, y que en los campos notarial y registral necesita sin duda el plus que proporciona la fehaciencia (en este caso legalmente reconocida).

5. Debe concluirse, por tanto, con las ideas ya expuestas. 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 (vid. Resolución de 1 de octubre de 2013), pues 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 no de cualquier forma, sino a través de la específicamente prevista a tal fin («el cómo»), en tanto que será la única a través de la que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención. Y es que 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. Y abstracción hecha de que, en el presente caso, el remitente que figura como tal en el justificante es una persona física (no la sociedad propiamente o la

administradora solidaria como hubiera sido lo deseable, si bien esta cuestión, en tanto que no apuntada en la calificación, no puede aquí operar como «ratio decidendi», procede confirmar la calificación recurrida por las razones que expresa la nota.

Y es que únicamente el operador postal universal goza de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales (y por ende también de las que hayan de surtir efecto en la esfera notarial y registral), tanto las realizadas por medios físicos como telemáticos; y, como se ha expresado anteriormente, esta fehaciencia es cosa distinta de la autenticidad, la cual podrá ser admitida y valorada en el seno de un procedimiento judicial, pero que se torna en inequívoca exigencia en el ámbito en el que desenvuelven sus funciones tanto registradores como notarios (de ahí, por ejemplo, la remisión que realiza el artículo 202 del Reglamento Notarial al citado Decreto de 1999), pues resulta necesaria para que, sin necesidad de pruebas complementarias, la declaración del notificador baste para tener por constatados el rechazo o la imposibilidad de una determinada notificación o de una determinada comunicación. Admitir lo contrario en un caso como el presente, podría suponer una clara indefensión para el destinatario de la comunicación, dado el evidente riesgo de vulneración de los derechos que todo socio tiene a saber de qué forma va a ser convocado a una junta y por quién, permitiéndolo así 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, la expresión «correo certificado con acuse de recibo» que emplea el precepto estatutario no puede ser entendida en forma distinta a la que resulta de la calificación recurrida.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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, 2 de enero de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.