

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**16375** *Resolución de 2 de octubre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador mercantil y de bienes muebles de Eivissa, por la que se rechaza el depósito de cuentas de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don J. A. G. T., en nombre y representación de la sociedad «Aquarium Cap Blanc, S.L.», contra la calificación del registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Eivissa, don Francisco Javier Misas Tomás, por la que se rechaza el depósito de cuentas de dicha sociedad.

#### Hechos

##### I

El día 18 de junio de 2019 se presentó en el Registro Mercantil de Eivissa solicitud de depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018 de la entidad «Aquarium Cap Blanc, S.L.». En la certificación de los acuerdos de la junta general - celebrada el día 4 de junio de 2019- por los que se aprobaron dichas cuentas anuales el administrador único manifiesta que la convocatoria de dicha junta se realizó «mediante burofax con fecha 17 de mayo de 2019». Según el artículo 15 de los estatutos sociales, «la Junta General será convocada por medio de carta certificada con aviso de recibo, dirigido a los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro Registro de Socios (...)».

##### II

Presentados tales documentos en el Registro Mercantil de Eivissa, fueron objeto de la siguiente nota de calificación:

«Javier Misas Tomás, Registrador Mercantil de Eivissa, 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.

Ejercicio: 2018.

Diario/asiento: 69/867.

F. presentación: 18/06/2019.

Entrada: 2/2019/500715.

Sociedad: Aquarium Cap Blanc, Sociedad Limitada.

Autorizante:

#### Fundamentos de Derecho (defectos):

1. Subsancable. Es constante la doctrina de esta Dirección General la de que constando en los estatutos sociales, como resulta, que la convocatoria de la junta ha de realizarse mediante carta certificada o telegrama [sic] a cada uno de los socios, no puede entenderse correcta ni válida la convocatoria realizada mediante burofax.

Vistas las RDGRN 13 de enero, 9 de septiembre y 21 de octubre de 2015 y 27 enero 2016, 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, de suerte que la forma que para la convocatoria hayan establecido los estatutos ha de prevalecer y resultará de necesaria observancia para cualquiera que la haga, incluida por tanto la judicial.

Estas afirmaciones se apoyan en que el hecho de que los estatutos sociales son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo pues su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad (por todas, Resolución de 23 de septiembre de 2013).

Y ello ha de observarse incluso cuando la convocatoria provenga, en su origen, de una decisión judicial a instancia de quien a ello tenga derecho (artículos 168, 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital). Así lo recoge la Resolución de 28 de febrero de 2014: “4. Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones citadas en el apartado ‘Vistos’ de la presente), la convocatoria judicial de la junta general tiene una singularidad respecto de la regla general tan sólo respecto de la legitimación para hacerla y la libre designación de las personas que hayan de ejercer de presidente y secretario, sin que tal singularidad alcance a la forma de trasladarla a los socios, que ha de ser la estatutaria o, en su defecto, la legalmente prevista, sin posibilidad de sustituirla por otra, goce de mayor o menor publicidad. El derecho de asistencia a la junta que a los socios reconoce el artículo 179.1 de la Ley de Sociedades de Capital ha de ser integrado con el de ser convocados para ello, y no en cualquier forma, sino a través de la específicamente prevista a tal fin, a la que habrán de prestar atención, y con el plazo previo establecido, sin que sobre tales extremos pueda reconocerse libre discrecionalidad al juez”.

Eivissa, 19 de junio de 2019 El Registrador Mercantil

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación.»

### III

Contra la anterior nota de calificación, don J. A. G. T., en nombre y representación de la sociedad «Aquarium Cap Blanc, S.L.», interpuso recurso el día 10 de julio de 2019 en el que expresaba las siguientes alegaciones:

«Hechos:

Único. La convocatoria de la junta se realizó a través de burofax por ser que esta modalidad de envío es perfectamente equiparable a una carta certificada, ofreciendo las mismas garantías que éstas (certificar el efectivo recibo de la misiva por parte de su destinatario) y certificando, además, el contenido de la misma, por lo que es una modalidad de envío mucho más completa que la carta certificada, añadiendo seguridad y certeza a la notificación remitida, ya que, además de la notificación del socio, el contenido de la convocatoria y el objeto de la junta quedan también fehacientemente probados. Introducir en los estatutos de la sociedad que la forma de remitir las convocatorias de las juntas debe hacerse mediante carta certificada, es querer que se pueda tener efectiva constancia de la entrega de éstas, lo que queda perfectamente garantizado con el envío de un burofax. Basta con acudir al diccionario de la Real Academia Española para comprobar que, en esencia, son notificaciones análogas, ya que:

Un burofax es un escrito o documento enviado por burofax que no es más que un servicio de fax, de valor fehaciente, en una oficina de correos. El fax, por su parte, es un sistema que permite transmitir a distancia por la línea telefónica escritos o gráficos. Y una carta es un papel escrito, y ordinariamente cerrado, que una persona envía a otra

para comunicarse con ella. Queda entonces demostrado de la literalidad de sus respectivas definiciones, que un burofax es un tipo de carta en realidad, ya que ésta no es más que un escrito que una persona envía a otra, escrito que es también el burofax, que se transmite por un sistema concebido para transmitir escritos, como es el fax. No todas las cartas son burofaxes, pero sí que todos los burofaxes son cartas, por lo que los efectos de éstos como tales son perfectamente aceptables y adecuados para el destino previsto en los estatutos para las cartas certificadas, que, como se decía, éstos también son, remitidos además a través de Correos, por lo que, de acuerdo con el artículo 22.4 de la Ley 43/2010, gozan de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción, tanto las realizadas por medios físicos como telemáticos.

En este sentido cabe citar y remitirnos a la Resolución de 2 de enero de 2019 de la Dirección General ante la que se formula el presente recurso, en la que se desestima el recurso interpuesto por no haber sido el burofax enviado para convocar la junta remitido a través de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A., único operador postal que goza de presunción de veracidad y fehaciencia, no cuestionándose la validez o corrección de que dicha convocatoria se hubiese realizado a través de burofax pese a que los estatutos de la sociedad recurrente estableciesen como modo de convocar el "correo certificado con acuse de recibo", siendo el único motivo de desestimación del recurso la utilización de una empresa privada para su envío. El hecho de que la misiva se remitiese vía burofax y su efectiva validez para convocar la junta no fue en ningún momento cuestionado por ser que ésta era una forma de correo certificado más, siendo perfectamente válidos sus efectos, como lo son también en el presente supuesto.

Por ello, no cabe sino concluir que el burofax remitido es perfectamente aceptable como forma de convocar la junta de acuerdo con los estatutos que nos ocupan, por ser éste un escrito (carta) enviado de forma certificada, con su respectiva certificación tanto de envío como de recibo y contenido, quedando con éste garantizada la efectiva notificación del socio.»

#### IV

Mediante escrito, de fecha 16 de julio de 2019, el registrador Mercantil elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 28, 168, 169, 170, 173 y 176.2 de la Ley de Sociedades de Capital; 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1987 y 30 de enero de 2001, 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, 15 de octubre de 1998, 7 de abril, 14 de octubre y 24 de noviembre de 1999, 22 y 29 de abril de 2000, 31 de octubre de 2001, 11 de noviembre de 2002, 26 de febrero de 2004, 16 de abril y 26 de julio de 2005, 24 de enero de 2006, 29 de junio y 5 de julio de 2011, 10 de octubre de 2012, 16 y 26 de febrero, 23 de septiembre y 1, 3 y 23 de octubre de 2013, 28 de febrero y 23 de mayo de 2014, 13 de enero, 15 de junio, 9 y 21 de septiembre y 21 de octubre de 2015, 27 de enero y 25 de abril de 2016, 22 de mayo y 20 de diciembre de 2017, 17 y 25 de octubre de 2018 y 2 y 9 de enero de 2019.

1. En este expediente debe decidirse si es o no fundada la calificación negativa del registrador Mercantil por la que considera que la forma de convocatoria de la junta general que ha adoptado los acuerdos objeto de la certificación calificada («mediante burofax con fecha 17 de mayo de 2019», según afirma el certificador) no se ajusta a lo establecido en los estatutos sociales («por medio de carta certificada con aviso de recibo»).

2. Según doctrina reiterada de esta Dirección General, existiendo previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta general de socios 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).

No obstante, en Resolución de 24 de noviembre de 1999 este Centro Directivo, con evidente pragmatismo, también ha admitido la inscripción de los acuerdos tomados en una junta general convocada judicialmente sin observarse la forma de convocatoria fijada estatutariamente, por cuanto, en definitiva, se notificó por el Juzgado al socio no asistente con una eficacia equivalente a la que hubiera tenido el traslado que le hubieran hecho los administradores por correo certificado, que era el procedimiento previsto en los estatutos. En tal decisión se puso de relieve 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).

3. Cuando los estatutos concretan como forma de convocatoria de la junta general el envío de carta certificada con aviso de recibo determinan las características concretas de la comunicación de la convocatoria, sin que sea competencia del órgano de administración su modificación (vid., por todas, las Resoluciones de 31 de octubre de 2001, 1 de octubre de 2013 y 21 de octubre de 2015). Es así porque los socios tienen derecho a saber en qué forma específica han de ser convocados, que esa es la única forma en que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención. Y pueden tener interés en introducir en los estatutos, con base en el principio de autonomía de la voluntad que respecto de tal extremo se reconoce por la Ley (cfr. artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital), cláusulas que establezcan sistemas de convocatoria que no sólo permitan asegurar razonablemente la recepción del anuncio por el socio sino que además exijan determinados requisitos de fehaciencia de la comunicación de la convocatoria y de la recepción de la misma por los socios (vid. la Resolución de 20 de diciembre de 2017). Así, conforme al artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, las notificaciones efectuadas por el prestador del servicio postal universal («Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.») gozan 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).

Según los razonamientos anteriores, podría admitirse que la convocatoria se hubiera realizado mediante burofax con certificación del acuse de recibo, por ser un sistema

equivalente a la remisión de carta certificada con aviso de recibo y que permite al socio disponer de más plazo entre la recepción de la convocatoria y la celebración de la junta (habida cuenta de la rápida recepción del burofax por los destinatarios, sin que ello pueda predicarse de la misma forma de la comunicación por carta certificada con aviso de recibo; diferencia que adquiere importancia, dado que la antelación con que debe ser convocada la junta se computa desde la fecha en que se remite el anuncio, y no desde su recepción -artículo 176.2 de la Ley de Sociedades de Capital-). Lo que ocurre en el presente caso es que en la certificación de los acuerdos sociales se expresa únicamente que la convocatoria se realizó «mediante burofax», sin que nada se acredite ni se exprese sobre el acuse de recibo de dicha comunicación. Por ello, el recurso no puede ser estimado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

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