

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 11616** *Resolución de 19 de julio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles I de Asturias a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don José Clemente Vázquez López, notario de Gijón, contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles I de Asturias, doña María de la Concepción Solance del Castillo, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad «Servicios Anestesiológicos y Dolor Asturias, S.L.».

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Gijón, don José Clemente Vázquez López, el día 19 de marzo de 2019, con el número 647 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la junta general extraordinaria y universal de la sociedad «Servicios Anestesiológicos y Dolor Asturias, S.L.» de la misma fecha, en virtud de los cuales, y aprovechando el cambio del domicilio social, se daba nueva redacción íntegra a los estatutos sociales, adaptándolos así a la vigente Ley de Sociedades de Capital. En dicha escritura además se hacía constar, para conocimiento de la sociedad y constancia correspondiente en su libro registro de socios, la dirección de correo electrónico tanto del socio administrador único como el de su esposa, la otra socia.

El artículo 21 de los estatutos sociales queda con la siguiente redacción: «Artículo 21.º Toda Junta General deberá ser convocada por medio de cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, incluyendo medios electrónicos, realizada tanto por el servicio postal universal como por un operador distinto, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o que conste en la documentación de la sociedad (considerándose como tal el que figure en el Libro Registro de Socios, y a falta de él, el domicilio que conste en el documento o título de adquisición de la condición de socio) o en la dirección de correo electrónico facilitada por cada socio y que conste asimismo en el Libro Registro de Socios (con confirmación de lectura teniendo en cuenta que la negativa de confirmación a la petición de lectura del envío del correo de convocatoria producirá los efectos de la misma siempre que no hubiera sido devuelto por el sistema) ajustándose, en todo caso, el contenido de la convocatoria a lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo menos quince días antes de la fecha fijada para su celebración, salvo en los casos de fusión y escisión, en que la antelación deberá ser de un mes como mínimo, computándose el plazo a partir de la fecha en que hubiere sido remitido el anuncio al último de ellos, A estos efectos, los socios residentes en el extranjero, deberán designar un lugar en territorio nacional para notificaciones. El anuncio expresará el nombre de la Sociedad, la fecha y hora de la reunión, el orden del día en el que figurarán los asuntos a tratar y además se hará constar en el anuncio las menciones obligatorias que para cada caso exija la Ley con relación a los temas a tratar; figurando asimismo el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria. En todo caso, quedan a salvo otras formas especiales de convocatoria previstas, en su caso, en la Ley 3/2009 o en el Real Decreto Legislativo 1/2010».

II

Presentada el día 2 de abril de 2019 copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Asturias, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«La registradora 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 conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 93/2005 F. presentación: 02/04/2019 Entrada: 1/2019/2.807,0.
Sociedad: Servicios Anestesiológicos y Dolores Asturias, S.L.
Autorizante: Vázquez López José Clemente.
Protocolo: 2019/647 de 19/03/2019.

Fundamentos de derecho (defectos).

1. (...) No puede admitirse el sistema de convocatoria de junta por correo electrónico sin exigir la confirmación de lectura establecido en el nuevo art. 21 de los estatutos adaptados. Art. 173.2 de la LSC y RDGRyN de 28 de octubre de 2014.

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro.

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

Oviedo, a 3 de Abril de 2019 La Registradora».

III

Contra la anterior nota de calificación, don José Clemente Vázquez López, notario de Gijón, interpuso recurso el día 22 de abril de 2019 mediante escrito en el que alegaba los siguientes fundamentos jurídicos:

«1.º El inciso final del artículo 11 quáter de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) presupone que la sociedad tiene creada, habilitada y operativa página web corporativa propia. Pero no siempre, como en el caso que nos ocupa, será así. Y en efecto, el artículo 173 LSC establece como forma ideal de convocatoria de la junta la efectuada a través de dicho medio, siendo las demás formas previstas, subsidiarias a aquélla; entre ellas, la recogida en el citado artículo legal y repetida en el artículo de los estatutos calificados: «cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita,... que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o que conste en la documentación de la sociedad ». Lo cual quiere decir, que el artículo 11 quáter de la LSC en su inciso inicial, no puede estar condicionado a la existencia de página web, pues de estarlo, no tendría sentido, cuando no exista página web, impidiendo a la sociedad y a los socios, que por ese hecho negativo, no puedan efectuarse entre ellos comunicaciones por medios electrónicos, siempre que éstos sean aceptados por aquéllos, como se deriva y colige, en este caso, indubitadamente, de proporcionar los socios a la sociedad una dirección de correo electrónico.

2.º El correo electrónico es un medio directo, rápido, económico y eficaz. Y es el medio de comunicación por excelencia en la actualidad, que el legislador está decidido a impulsar (no hay más que ver la Ley de créditos inmobiliarios), y que impera ya en las comunicaciones de la Administración con el administrado y con todas las consecuencias, para la primera de haber efectuado la comunicación y para el segundo, de haberla recibido. Ciertamente que en el estado actual de la técnica el correo electrónico puede garantizar el envío y la recepción, pero no un hecho humano como es la lectura del destinatario, salvo que pedida confirmación o acuse de recibo de la misma, aquél la dé,

pues puede leerlo y no dar confirmación alguna, con lo cual se haría depender de su voluntad el que surta efecto o no la convocatoria. Para evitar esto, es por lo que los estatutos denegados establecen que la negativa arbitraria, y no por devolución del sistema (algo que el remitente siempre sabrá) de la confirmación de la recepción pedida al socio destinatario debe considerarse productora de los efectos de la convocatoria. A fin de cuentas, si el socio ha proporcionado la dirección de correo electrónico quiere decir que acepta a todos los efectos este medio de comunicación con la sociedad, cuya eficacia no puede quedar a su exclusivo arbitrio, por lo que si no confirma la lectura, las consecuencias derivadas de ello, deben ser a su cargo y por él asumidas, salvo error de envío por devolución del servidor. En realidad es más segura esta forma de comunicación en el sentido de que será más probable que la reciba el destinatario y que la conozca, a la forma de convocatoria legal subsidiaria de primer orden a la web, que es el anuncio en el BORME y en un periódico de gran difusión en la provincia del domicilio social, pues -permítaseme la chanza- a ver quién siendo socio de una sociedad domiciliada en Gijón, consulta el boletín mercantil o lee «La Nueva España» viviendo en Castro Caldelas (Orense); e incluso si la comunicación se hace a través de correo certificado con acuse de recibo, pues puede que el socio que vive solo lo hayan intervenido y esté ingresado en el hospital de Cabueñes tres meses, porque la cosa se complicó, y en ese plazo se convoca la junta y se envía la carta, recibiendo la sociedad el acuse de recibo del servicio postal con la nota de ausente. Si en ambos casos la convocatoria se considera efectuada, por qué no en el supuesto que nos ocupa, que, potencialmente, hoy, es mucho más probable y seguro. En definitiva el procedimiento telemático del correo electrónico de admitirse (artículos 11 quáter, 173 LSC) debe serlo con la necesaria flexibilidad, aunque con unas mínimas garantías, no todas desde luego, porque ningún procedimiento legal utilizado las otorga. Flexibilidad y adaptación a los tiempos actuales (artículo 3 Código Civil) que el operador jurídico Notario siempre busca porque justifica su existencia en las necesidades de la sociedad de cada momento y que otros operadores jurídicos no debieran desdeñar, pues la época del big data y la cadena de bloques, que priorizan otros criterios, ya está aquí.

3.º No siendo argumento alguno, las escrituras de constitución de sociedad limitada otorgadas ante mí, este año, con los números 141, 305, 449, 467 y 488 de orden, constan inscritas en el Registro Mercantil de Asturias, con el mismo artículo aquí debatido».

IV

Mediante escrito, de fecha de 24 de abril de 2019, la registradora Mercantil elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3.1 y 1284 del Código Civil; 11 quáter, 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 16 de abril de 2005, 23 de marzo y 4 y 29 de junio de 2011, 9 de febrero y 2 de agosto de 2012, 28 de octubre de 2014, 13 de enero de 2015 y 2 de enero de 2019.

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 las juntas generales deberán ser convocadas «(...) por medio de cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, incluyendo medios electrónicos, realizada tanto por el servicio postal universal como por un operador distinto, que asegure la recepción del anuncio por todos

los socios en el domicilio designado al efecto o que conste en la documentación de la sociedad (considerándose como tal el que figure en el Libro Registro de Socios, y a falta de él, el domicilio que conste en el documento o título de adquisición de la condición de socio) o en la dirección de correo electrónico facilitada por cada socio y que conste asimismo en el Libro Registro de Socios (con confirmación de lectura teniendo en cuenta que la negativa de confirmación a la petición de lectura del envío del correo de convocatoria producirá los efectos de la misma siempre que no hubiera sido devuelto por el sistema)...».

La registradora fundamenta su negativa a la inscripción de dicha cláusula en que, a su juicio, no puede admitirse el sistema de convocatoria de junta por correo electrónico sin exigir la confirmación de lectura establecido en dicha disposición de los estatutos.

2. 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).

En la Resolución de 28 de octubre de 2014 que cita la registradora en su calificación este Centro Directivo entendió que determinado sistema de convocatoria de la junta

general, en la concreta forma en que estaba redactado («(...) mediante correo electrónico dirigido a la dirección electrónica que conste igualmente en el Libro Registro de Socios»), no debía aceptarse porque «implicaría entender que el envío de un correo electrónico, por sí solo, supone su recepción por el destinatario, sin exigir prueba alguna de la efectiva recepción», aunque añadió que sería admisible una vez complementado con algún procedimiento que permita el acuse de recibo del envío (como, por ejemplo, serían la solicitud de confirmación de lectura, o determinados medios que permitan obtener prueba de la remisión y recepción de la comunicación mediante el uso de firma electrónica, etc.).

En el presente caso, la forma de convocatoria se concreta, entre otras, en la realizada por medio de cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, por medios electrónicos que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en la dirección de correo electrónico facilitada por cada socio y que conste asimismo en el Libro Registro de Socios, con confirmación de lectura.

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 (artículos 3.1 del Código Civil y 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 la cláusula estatutaria debatida. Indudablemente, el sistema previsto permite asegurar razonablemente la recepción del anuncio por el socio. Respecto de la prueba de esa recepción, que en el estado actual de los envíos telemáticos puede fácilmente obtenerse (por ejemplo, mediante los sistemas de la denominada «confirmación de entrega», etc.), la concreta disposición estatutaria objeto de la calificación impugnada incluye la confirmación de lectura. Y esta conclusión no puede quedar empañada por el hecho de que se disponga adicionalmente «que la negativa de confirmación a la petición de lectura del envío del correo de convocatoria producirá los efectos de la misma siempre que no hubiera sido devuelto por el sistema», pues interpretada esta disposición en el sentido más adecuado para que produzca efecto (artículo 1284 del Código Civil) únicamente puede entenderse como una vía para que, acreditada en la forma pactada la remisión y recepción de la comunicación telemática, prevalezca tal procedimiento sobre la actitud obstruccionista del socio que se niegue a dicha confirmación de lectura, de suerte que en tal caso incumbirá a dicho socio la prueba de la eventual falta de convocatoria.

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, 19 de julio de 2019.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.