

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9047 *Resolución de 15 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil de Cádiz n.º II a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una entidad.*

En el recurso interpuesto por don C.T.C., en representación de la sociedad «Custom and Chic, S.L.», contra la negativa del registrador mercantil de Cádiz número II, don Rafael Jesús Rojas Baena, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha entidad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de El Puerto de Santa María don José Ramón Salamero Sánchez-Gabriel el día 24 de diciembre de 2019 –número 2521 de protocolo–, se elevaron a público determinados acuerdos adoptados el 29 de noviembre de 2019 por la junta general de la sociedad «Custom and Chic, S.L.», de cambio de sistema de administración y nombramiento de administrador único. Asistieron a dicha junta general socios titulares de participaciones representativas del 78,86 por ciento del capital social; y la notificación de la convocatoria a los socios se llevó a cabo mediante comunicación individual y escrita, a través de burofax postal tramitado por la plataforma de comunicación «Notificad@s».

Según el artículo 7 de los estatutos sociales, «la Junta General será convocada, mientras la sociedad no disponga de página web, mediante comunicación individual y escrita remitida por correo certificado con acuse de recibo a todos los socios al domicilio del territorio nacional designado por cada uno a tal fin o, en su defecto, al que conste en el Libro Registro de Socios (...)».

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Cádiz, fue objeto de calificación negativa por el registrador, don Rafael Jesús Rojas Baena, en los siguientes términos:

«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: ...

Fundamentos de derecho (Defectos):

1. La convocatoria de la junta general no se ha realizado en la forma prevista en los estatutos, es decir mediante carta certificada con acuse de recibo, lo que impide considerarla como bien realizada (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado de 21-10-2015, 27-1-2016, 9-1-2019, 28-1-2019 y 31-1-2019). Aunque la Dirección General de los Registros y Notariado ha admitido la posibilidad de que la notificación por carta certificada con acuse de recibo sea válidamente sustituida por burofax, exige para ello que éste se remita con acuse de recibo y a través del Servicio

Postal Universal, es decir la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., lo cual no ha ocurrido en el presente caso (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado 2-1-2019 y 2, 3 y 4-10-2019)

En relación con la presente calificación:

Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones (...)

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.

Cádiz, catorce de enero de dos mil veinte.»

Esta calificación fue notificada al presentante el día 21 de enero de 2020.

III

El día 20 de febrero de 2020, don C.T.C., en representación como apoderado de la sociedad «Custom and Chic, S.L.», interpuso recurso contra la calificación en el que expresa los siguientes fundamentos jurídicos:

«La cuestión que se plantea en el presente recurso consiste en decidir si la convocatoria de junta general de Custom and Chic SL es acorde a los estatutos o no.

En este sentido a pesar de las Resoluciones de DGRN vinculadas al propio registro, debemos aclarar que no ha existido ninguna impugnación por parte de algún socio, así mismo se procedió al método del burofax para la convocatoria de junta general en lugar de la carta certificada con motivo del contenido sensible de la misma. El envío por medio de burofax no supone una merma con respecto del tipo de comunicación de carta certificada, la cual solo certifica la llegada de la misma, siendo el burofax el que mayores garantías contiene al además de certificar la recepción certifica el contenido de la carta.

Igualmente, en la cláusula 2.2 del pacto de socios de fecha 29 de mayo 2015, elevado a público ante el Notario de Madrid Juan Pérez Hereza, bajo su protocolo 1009, se establece textualmente que la convocatoria de junta de socios "... mediante procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure la recepción de la convocatoria por parte de todos los socios, entre los que se encuentra el burofax con acuse de recibo y certificación de contenido...". Se acompaña como documento 4 el citado pacto de socios.

Por tanto, no podemos compartir el hecho de que el método de comunicación haya sido contra los estatutos ya que aquél por medio de burofax dotó de mayor garantía el acto.»

IV

Mediante escrito de 18 de marzo de 2020, 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 esta 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, 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, 2, 9 y 31 de enero, 28 de febrero, 2, 3 y 4 de octubre y 6 de noviembre de 2019; y la Resolución de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 1 de abril de 2020.

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 (a través de burofax postal tramitado por la plataforma de comunicación «Notificad@s», según consta en la certificación de tales acuerdos incorporada a la escritura) no se ajusta a lo establecido en los estatutos sociales [«(...) mediante comunicación individual y escrita remitida por correo certificado con acuse de recibo a todos los socios (...)»].

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, 25 de abril de 2016, 17 y 25 de octubre de 2018, 2, 9 y 31 de enero, 28 de febrero, 2, 3 y 4 de octubre y 6 de noviembre de 2019 y 1 de abril de 2020), 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 acuse 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–). Pero, además, para que pueda admitirse la remisión por burofax con certificación del acuse de recibo es imprescindible que el operador postal sea la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.», y así lo ha entendido esta Dirección General en Resoluciones de 2 de enero y 6 de noviembre de 2019.

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. 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, S.A.» (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 aviso 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.

Debe tenerse en cuenta que 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 éste, 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).

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 Real 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.

4. En el presente caso en la certificación de los acuerdos sociales consta únicamente que la convocatoria se realizó «mediante burofax», sin que nada se acredite ni se exprese sobre el acuse de recibo de dicha comunicación; y, además, se ha realizado a través de un operador postal distinto del universal. Por ello, debe confirmarse la calificación impugnada.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 15 de junio de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.