

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

5477 *Resolución de 25 de abril de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles de Burgos, por la que se deniega la inscripción de determinado acuerdo social.*

En el recurso interpuesto por don R. G. P., en nombre y representación y como Administrador único de la mercantil «Explotación Burgalesa Hotelera, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero, por la que se deniega la inscripción de determinado acuerdo social por defectos en la forma de convocatoria de la Junta general de la indicada sociedad mercantil.

Hechos

I

El día 16 de noviembre de 2015 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Burgos certificación expedida el 10 de noviembre de 2015 por don R. G. P., Administrador único de la sociedad «Explotación Burgalesa Hotelera, S.L.», con firma legitimada notarialmente, por la que se pretende la inscripción de determinado acuerdo social.

De dicha certificación resulta que la convocatoria, «conforme al artículo 7.º de los Estatutos Sociales fue realizada a todos los socios por correo certificado con acuse de recibo al domicilio que consta en la documentación de la Sociedad, siendo la última comunicación a dichos socios de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil catorce». Según consta en copia de los estatutos sociales que obran en el expediente, el artículo estatutario en cuestión es el séptimo letra C), que, en la parte que interesa a este recurso, establece que «la Junta General será convocada mediante anuncio en el Diario de Burgos, o mediante carta certificada con acuse de recibo dirigida al domicilio de cada uno de los socios que figure en el Libro Registro de Socios».

II

Dicha documentación fue objeto de nota de calificación de fecha 4 de diciembre de 2015 que, a continuación, se transcribe en lo pertinente: «Ramón Vicente Modesto Caballero, Registrador Mercantil de Burgos, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 78/2896 F. presentación: 16/11/2015 Entrada: 1/2015/4.904,0 Sociedad: Explotación Burgalesa Hotelera SL Autorizante: Protocolo: Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–(...) 3.–La forma de convocatoria de la Junta recogido en el art. 7 apartado C) de los estatutos sociales, es contraria al art. 173 de la Ley de Sociedades de Capital, dado que no se permiten sistemas alternativos que puedan ser decididos al arbitrio del órgano encargado de convocar, siendo dicha norma de carácter imperativo, por lo que su adaptación es obligatoria debiendo llevarla a cabo la sociedad de forma urgente estableciendo el “concreto” sistema de convocatoria, quedando sin efecto el sistema previsto en los estatutos con la entrada en vigor de lo dispuesto en el artículo citado de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que, y dado que la Sociedad no tiene creada, inscrita y publicada su página web, la convocatoria de la presente junta general, debe realizarse mediante anuncios publicados en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los

diarios de mayor circulación en la provincia. El defecto es de carácter insubsanable y tiene su fundamento en el artículo 173 Ley de Sociedades de Capital y RDGRN 10.10.12, 11.2.13, 23.5.14, 16.6.15 y 21.9.15.-4.-(...) En relación con la presente calificación (...) Burgos, 4 de Diciembre de 2015 (firma ilegible) El registrador».

III

Contra la anterior nota de calificación, don R. G. P., en nombre y representación y como administrador único de la mercantil «Explotación Burgalesa Hotelera, S.L.», interpuso recurso en virtud de escrito, de fecha 21 de diciembre de 2015, con entrada en esta Dirección General día 5 de enero de 2016, y remitido al Registro Mercantil de Burgos, donde tuvo entrada el día 26 de enero de 2016, en el que alega, en esencia, lo siguiente: «el artículo 173 de la LSC no prohíbe la existencia de sistemas alternativos de convocatoria de la Junta General que figuren en los estatutos con anterioridad su última modificación, siempre que el sistema de convocatoria que se utilice sea uno de los permitidos por dicho artículo de la LSC, y uno de los permitidos por la ley es el que se ha utilizado efectivamente en la convocatoria calificada negativamente como insubsanable», considerando por tanto que dicha convocatoria se ha realizado mediante un sistema que no contraviene dicho precepto, no procediendo el defecto alegado por el registrador.

IV

El día 31 de diciembre de 2015 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Burgos nueva certificación, expedida en la misma fecha y por el administrador único citado con firma legitimada notarialmente, calificada nuevamente como defectuosa con fecha 8 de enero de 2016, y debidamente notificada al presentante, en la que se reitera el defecto en cuestión. No obstante, la calificación objeto de recurso es la efectuada con fecha 4 de diciembre de 2015, en lo que se refiere al defecto que en la misma figura bajo el ordinal 3.

V

El registrador emitió su informe el día 22 de febrero de 2016, ratificándose en su nota de calificación en virtud de los fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 3, 4, 1281 a 1285 y 1289 y las Disposiciones transitorias primera, segunda y cuarta del Código Civil; los artículos 15 de la Ley de 17 de julio de 1953, derogada; 46 y las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, también derogada; los artículos 63 del Reglamento del Registro Mercantil; 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, 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, 25 de febrero, 7 de abril y 14 de octubre de 1999, 22 y 29 de abril de 2000, 11 de noviembre de 2002, 26 de febrero de 2004, 16 de abril de 2005, 29 de junio y 21 de julio de 2011, 9 de febrero y 10 de octubre de 2012, 11, 16 y 26 de febrero, 23 de septiembre y 1 y 23 de octubre de 2013, 23 de mayo de 2014 y 13 de enero, 15 de junio y 21 de septiembre de 2015.

1. El problema que plantea este expediente se centra en determinar si una convocatoria de junta general de sociedad limitada realizada por correo certificado con acuse de recibo, que es uno de los medios válidos de convocar la junta, de conformidad con el vigente artículo 173 el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, es admisible y los acuerdos derivados de dicha junta son inscribibles, cuando el artículo de

los estatutos en que se basa dicha forma de convocatoria ha quedado, a juicio del registrador calificador, tácitamente derogado al ser contrario al artículo 173 citado, que no permite, como hacía el artículo de los estatutos, establecer formas alternativas de convocar la junta general y por tanto lo que procede es convocar la junta en la forma legalmente establecida.

2. Para llegar a una adecuada solución del problema planteado, debe procederse a un examen pormenorizado de la evolución que ha sufrido la forma de convocar la junta en las sociedades limitadas, forma que adopta la que es objeto de este expediente.

3. La Ley de 17 de julio de 1953, primera que en el derecho español se ocupó de la sociedad limitada, vino a establecer en su artículo 15, artículo después respetado por la reforma que sufrió dicha Ley por la 19/1989, de 25 de julio, que la convocatoria de la junta general se haría «con la antelación y la forma que prevea la escritura social». Por tanto, consagró dicha ley, sobre la base del carácter moderadamente personalista, flexible y esencialmente cerrado de dicha sociedad y por la limitación de que su número de socios no podía exceder de cincuenta ni su capital, inicialmente de cinco millones de pesetas, y a partir de la Ley de 5 de diciembre de 1968 de cincuenta millones de pesetas (300.506,05 euros) un régimen de libertad plena para configurar como los socios desearan la forma de convocar la junta general de la sociedad. La posterior Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010), en su artículo 46 y para dar certeza al régimen jurídico de dicha sociedad, dada su mayor utilización como forma de organización empresarial a partir de 1990, un sistema legal de convocatoria y otro potestativo que se podría establecer en los estatutos de la sociedad en sustitución del legal. Este podría consistir en la publicación del anuncio de convocatoria «en un determinado diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto...». Esta Ley vino a establecer en su disposición transitoria primera la «ley se aplicará a todas las sociedades de responsabilidad limitada, cualquiera que sea la fecha de su constitución, quedando sin efecto a partir de su entrada en vigor aquellas disposiciones de las escrituras o estatutos sociales que se opongan a lo establecido en ella». Es lo que se llamó la adaptación legal que afectaba a las normas estatutarias contrarias a normas imperativas de la propia Ley. En consonancia con ello la disposición transitoria segunda dio un plazo para la adaptación, pero con la peculiaridad de que si la sociedad consideraba que sus estatutos estaban conformes con la nueva ley bastaba que fueran presentados al Registro Mercantil para que el registrador hiciera constar dicha conformidad.

Se llega así, al texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en cuyo artículo 173 se reguló la forma y contenido de la convocatoria de las juntas generales de las sociedades de capital. La primera redacción de este artículo, en vigor desde 1 de septiembre de 2010, vino a respetar, en las sociedades limitadas, la forma de convocatoria opcional y facultativa establecida en la Ley 2/1995. Es decir, diario o comunicación individual y escrita. El artículo 6.2 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, en vigor desde dicha fecha, vino a modificar el citado artículo 173 permitiendo que los estatutos de las sociedades limitadas, pudieran establecer, además del diario y la comunicación individual y escrita, la página web de la sociedad como forma de convocar la junta general. Posteriormente el artículo 1.8 de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, vuelve a modificar el precepto en el que igualando el régimen de la sociedad anónima y la sociedad limitada permite que los estatutos sociales puedan «establecer que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del mismo por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad». Finalmente, por el artículo 1.3 de la Ley 1/2012, de 22 de junio se vuelve a modificar el artículo 173 si bien, en lo que a este expediente afecta, se sigue manteniendo, ya como única forma estatutaria sustitutiva de la forma legal, la de la comunicación individual y escrita.

4. Vemos, por la sucesión de normas aplicables a la forma convocatoria de la junta en tan corto espacio temporal, que la finalidad perseguida por el legislador en todas ellas es la de simplificar la forma de convocar la junta general de las sociedades de capital, como medio de minimizar costes de funcionamiento de la propia sociedad, incrementando así su competitividad. También se aprecia, en todas las reformas sucesivas, que en materia de sociedades limitadas es preferente lo que digan los estatutos sobre forma de convocar la junta que el sistema o sistemas supletorios que en defecto de regulación estatutaria establezca la norma legal.

5. Por ello conviene recordar la doctrina de este Centro Directivo sobre la materia. Dicha doctrina parte de 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. Resoluciones de 15 de octubre de 1998 o de 15 de junio de 2015), 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 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).

Este carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia de nuestro 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). Este Centro Directivo por su parte (vid. «Vistos») ha tenido igualmente ocasión de poner de manifiesto el hecho de que 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).

6. Supuesto todo lo anterior procede ahora examinar en qué medida ha quedado afectado el artículo 7 de los estatutos de la sociedad por la sucesión de normas legales desde que el mismo fue aprobado. Lo primero que procede determinar es la fecha a partir de la cual el precepto queda afectado por las nuevas normas legales. Esta fecha es la de 1 de agosto de 2011 cuando el legislador suprime la posibilidad de que los estatutos establezcan en sustitución del sistema legal supletorio, la determinación de un concreto diario como forma de convocar la junta general de una sociedad limitada.

Es a partir de dicha fecha cuando los socios debieron eliminar el diario de Burgos como posible forma de convocar la junta general y si no lo hicieron serían aplicables las disposiciones transitorias antes vistas de la Ley 2/1995 que, aunque derogadas, su doctrina, ante la ausencia de otras normas transitorias aplicables, fuera de las establecidas en el Código Civil que nos pueden llevar a la misma conclusión, pueden servir para la solución del problema (cfr. artículo 4 del Código Civil). Por tanto, al no modificar los socios sus estatutos, se produjo la llamada adaptación legal que supone la derogación de los artículos de los estatutos contrarios a las normas legales imperativas. Pero esa adaptación legal, dado el carácter normativo y contractual que tienen los estatutos sociales, debe operar en consonancia con las normas dadas en materia de interpretación de la Ley y de los contratos. A la vista de estas normas para ver si la adaptación legal afecta a la totalidad del artículo de los estatutos o sólo a la parte (convocatoria en diario) que hoy día no es posible según la norma legal, debemos tener en cuenta que las normas deben «interpretarse en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas», evolución legislativa, espíritu y finalidad que ya hemos visto. Por su parte en materia de interpretación contractual, de los artículos 1281 y 1282

del Código Civil resulta que la intención evidente de los contratantes prevalece sobre las palabras, que para «juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato» y de los artículos 1284 y 1285 resulta que si «una cláusula de un contrato admitiera diversos sentido —el artículo de los estatutos debatido— deberá entenderse en el más adecuado para que surta efecto» y que «las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras atribuyendo a las dudosas en sentido que resulte del conjunto de todas». De la conjunción de los preceptos examinados resulta claro que al establecer los socios la regulación del artículo 7 de sus estatutos, lo que quisieron fue eliminar la forma legal de convocar la junta general estableciendo dos posibles formas de convocatoria alternativas, que si bien en cuanto a esa alternatividad no era posible con la anterior regulación legal y tampoco lo es ahora, lo cierto es que constaba inscrito en el hoja de la sociedad y en cuanto tal el precepto estatutario producía la plenitud de sus efectos jurídicos (cfr. artículo 20 del Código de Comercio). Todo ello debe llevarnos a la conclusión de que el precepto estatutario, en cuanto a la forma de convocar la junta por correo certificado con acuse de recibo, perfectamente adecuada a la vigente regulación legal, sigue siendo aplicable pues su aplicabilidad en nada contraría la norma legal vigente en el momento de convocar la junta, es más conforme con la voluntad de los socios que la establecieron como una de las formas supletorias de la legal y se evita de esta forma una modificación de estatutos y una nueva convocatoria de junta que previsiblemente conduciría al mismo resultado. Nótese además que una cláusula estatutaria como la debatida, en virtud del principio de inscripción parcial regulado en el artículo 63 del Reglamento del Registro Mercantil, sería hoy día perfectamente inscribible eliminado de la redacción del artículo la parte relativa a la convocatoria en el Diario de Burgos al tratarse de una estipulación puramente potestativa y si ello es así no se acierta a adivinar el por qué no le sea aplicable el mismo principio en virtud de una aplicación parcial del principio de adaptación legal.

7. Reitera lo anterior el criterio mantenido de forma reiterada por esta Dirección General de que si existe un cambio normativo que afecte en todo o en parte, como es este caso, al contenido de los estatutos sociales es forzoso entender que la nueva norma se impone sobre su contenido por la simple fuerza de la Ley (vid. artículos 1255 del Código Civil y 28 de la Ley de Sociedades de Capital). Se exceptiona el supuesto en que la norma estatutaria no sea incompatible con la nueva norma legal o cuando siendo ésta dispositiva el contenido estatutario sea conforme con el ámbito de la disposición (vid. Resoluciones de 9 de febrero de 2012 y 11 de febrero de 2013 en el ámbito específico de la convocatoria de junta).

De este modo, si el régimen legal imperativo sobre el modo en que ha de llevarse a cabo la convocatoria de junta sufre una modificación de suerte que la previsión estatutaria en parte entra en contradicción con aquél, prevalece el régimen legal (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de octubre de 2012, 11 de febrero de 2013, 23 de mayo de 2014 y 13 de enero, 15 de junio y 21 de septiembre de 2015). Obviamente esta doctrina, como ha quedado ampliamente expuesto, no debe afectar al total artículo cuestionado de los estatutos sociales sino solamente a la parte del mismo que se encuentra en clara contradicción con el texto legal vigente. Ello también es conforme con el señalado aspecto contractual de los estatutos sociales pues supone simplemente una aplicación de las reglas interpretativas de los artículos 1283 y 1289 del Código Civil sobre «la no inclusión en el contrato de algo distinto a lo que los contratantes quisieron establecer», si hubieran previsto la modificación legislativa y sobre la menor afectación del contrato siempre que así resulte del interés de los contratantes y de la específica naturaleza del contrato. Cuestión distinta sería si el administrador, en uso de lo que le permitía el artículo 7 de los estatutos, hubiera realizado la convocatoria por el otro medio alternativo incluido en el artículo, es decir por su publicación en un determinado diario. Aquí el problema ya no sería el artículo de los estatutos, sino la concreta forma de convocar la junta general contraria a una norma imperativa. Por ello el registrador, en su nota, no cuestiona la forma en que se ha hecho la convocatoria, sino que lo que cuestiona es la redacción del artículo de los estatutos que considera no adaptada a la norma

imperativa vigente, aunque de forma equivocada entiende que es la totalidad del artículo el afectado y no sólo la parte incompatible. Y si bien es cierto que la Resolución de esta Dirección General de 23 de octubre de 2013, siguiendo la huellas de las de 21 de julio de 2011 y de 25 de febrero de 1999, vinieron a establecer la no posibilidad de configurar formas alternativas de convocar la junta general, pues los socios tienen derecho a saber cómo han de ser convocados, en el presente caso, aparte de que el artículo ya constaba inscrito y por tanto bajo la salvaguardia de los tribunales, debe tenerse en cuenta que la alternatividad ha desaparecido por mandato legal y los socios, dado el completo conocimiento que se presume de la Ley, deben saber que la convocatoria ya no le vendrá por el conducto del diario señalado estatutariamente, sino por conducto de único sistema admisible en el momento de convocar la junta que es el correo certificado con acuse de recibo. En definitiva que el artículo de los estatutos en que el administrador se basa para hacer la convocatoria, sólo ha quedado afectado parcialmente por la modificación legal operada en la regulación legal y en virtud del principio de conservación del negocio jurídico, en virtud del principio de no necesidad de adaptación si la norma estatutaria está ajustada a la ley y en virtud del principio de que debe interpretarse la normativa en la forma más favorable para que surta sus efectos, se debe estimar que la convocatoria ha sido realizada por un medio que, aparte de ser el previsto estatutariamente pues el otro ha quedado tácitamente derogado, está conforme con la nueva regulación legal establecida desde la Ley 1/2012, de 22 de junio.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

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, 25 de abril de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.