

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 2516** *Resolución de 31 de enero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles I de Asturias, por la que se rechaza el depósito de cuentas de una sociedad correspondiente al ejercicio 2017.*

En el recurso interpuesto por don M. y don J. L. A. A., presidente y secretario, respectivamente, del consejo de administración de la compañía «Fundiciones Veriña, S.A.», contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles I de Asturias, doña María de la Concepción Solance del Castillo, por la que se rechaza el depósito de cuentas de la sociedad correspondiente al ejercicio 2017.

Hechos

I

Se solicitó del Registro Mercantil de Asturias la práctica del depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2017 con presentación de la documentación correspondiente.

Entre la documentación presentada se encuentra certificado emitido por don J. L. A. A., como secretario del consejo de administración, con el visto bueno del presidente, don M. A. A., como presidente, del que resultaba que la junta general de la sociedad se celebró el día 19 de julio de 2018 previa su convocatoria conforme a los artículos 11 y 12 de los estatutos sociales y 173 y 176 de la Ley de Sociedades de Capital, mediante carta certificada con acuse de recibo enviada el día 12 de junio de 2018 y que la junta se constituyó estando presentes y representados socios que representaban el 89,42% del capital social.

Del artículo 11 de los estatutos sociales resultaba, en la parte que ahora interesa: «La convocatoria, tanto para las Juntas Generales ordinarias como para las extraordinarias, se realizará mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos un mes antes de la fecha fijada para la celebración de la Junta».

Del artículo 12 de los estatutos resultaba lo siguiente: «Cuanto todas las acciones sean nominativas, el órgano de administración podrá, en los casos permitidos por la Ley, suplir las publicaciones establecidas legalmente por una comunicación escrita a cada accionista o interesado, cumpliendo en todo caso lo dispuesto en la Ley».

II

La referida documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación en el Registro Mercantil de Asturias:

«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 el depósito solicitado conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 94/18189.

F. presentación: 08/08/2018.

Entrada: 2/2018/516.150,0.

Sociedad: Fundiciones Veriña SA.
Ejercicio depósito: 2017.
Fundamentos de Derecho (defectos).

1. (A) Junta mal convocada. De conformidad con el Artículo 11 de sus estatutos sociales la Junta debe convocarse por anuncios en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de la Provincia (y no por carta certificada con acuse de recibo, como así se certifica). Defecto insubsanable.

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 27 de Septiembre de 2018 (firma ilegible) La registradora».

III

Contra la anterior nota de calificación, don M. y don J. L. A. A., presidente y secretario, respectivamente, del consejo de administración de la compañía «Fundiciones Veriña, S.A.», interpusieron recurso el día 2 de noviembre de 2018 en virtud de escrito, en el que alegaban, resumidamente, lo siguiente:

Que el documento calificado es el acta notarial de junta autorizada por el notario de Gijón, don Miguel Ángel Bañegil Espinosa, que fue presentada en el Registro Mercantil de Asturias; Que la calificación carece de la debida fundamentación jurídica ordenada en hechos y fundamentos de Derecho, pues ni siquiera se menciona el artículo de la ley en que se fundamenta; Que la nota hace referencia al artículo 11 de los estatutos, pero obvia el subsiguiente artículo 12; Que este precepto, junto al anterior, establecen el sistema de convocatoria, dándose la circunstancia, como resulta del propio Registro Mercantil, que todas las acciones son nominativas; Que este artículo 12 prevalece sobre el artículo 11 que establece un régimen general; Que, si bien es cierto que la redacción del artículo 12 no es la más afortunada, sí lo es que está inscrito en el Registro Mercantil y bajo la salvaguardia de los tribunales; Que la norma estatutaria es la que debe regir cuando no es contraria a la norma imperativa; Que, en definitiva, se ha utilizado un modo de convocatoria previsto en los estatutos y que no es contrario a norma imperativa alguna y que, además, ha llegado a todos los socios, como demuestran los acuses de recibo; Que, si bien es cierto que la Dirección General de los Registros y del Notariado en otros supuestos similares (Resoluciones de 16 de febrero de 2013 y 23 de mayo de 2014), confirmó el criterio de la registradora, también afirmó la necesidad de simplificación de los procedimientos de puesta en conocimiento como derivados de la legislación europea y siempre que no exista un interés protegible; Que pugna a la lógica que la realización de una convocatoria por un medio estatutario y no contrario a la Ley y que ha sido recibido por todos los socios produzca la nulidad radical de la junta cuando no existe perjuicio para nadie; Que, de forma mucho más abierta, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 2016, si bien en un supuesto no idéntico, admitió la convocatoria por medio de carta certificada con acuse de recibo a pesar de la previsión estatutaria de notificación por medio de diario; Que, si bien dicha Resolución afirma que la alternatividad no es posible en la forma de convocatoria, acepta la realizada en virtud de un precepto inscrito y bajo la protección de los tribunales, y Que frente al efecto de nulidad radical que resulta de la nota de defectos, es preciso acudir a la doctrina más moderna que propugna su convalidación en virtud del principio «favor negotii».

IV

Remitido el anterior escrito a la registradora a fin de formar expediente, emitió informe el día 6 de noviembre de 2018, ratificándose en su calificación y elevando 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 del Código Civil; 53 de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, derogada; 97 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, también derogado; 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; 11, 58, 63 y 378 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 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, 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, 11 de noviembre de 2002, 26 de febrero de 2004, 16 de abril de 2005, 21 de marzo, 29 de junio y 5, 8 y 21 de julio 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, 23 de septiembre y 1 y 23 de octubre de 2013, 5 de marzo y 23 de mayo de 2014, 13 de enero, 1 de abril, 5 y 15 de junio y 7, 9 y 21 de septiembre de 2015, 25 de abril y 2 de noviembre de 2016, 13 de septiembre y 20 de diciembre de 2017 y 10 de septiembre y 17 de octubre de 2018.

1. Presentadas a depósito las cuentas de una sociedad anónima debidamente aprobadas en junta general, se rechaza por la registradora por considerar que la convocatoria no se ha llevado a cabo en la forma establecida en los estatutos, esto es, mediante anuncio en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en diario. La sociedad interesada recurre en los términos que se han resumido en los hechos.

Con carácter previo es preciso hacer una serie de precisiones con relación al contenido y objeto de la presente.

En primer lugar, que la documentación presentada a depósito comprendía la certificación de los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales redactado en virtud del contenido del acta notarial autorizada por el notario de Gijón, don Miguel Ángel Bañegil Espinosa. Que dicha acta no fue objeto de presentación junto al resto de documentos cuyo depósito se solicitaba.

Según el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, «el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

Con base en dicho precepto, es reiterada doctrina de esta Dirección General (vid., por todas, la reciente Resolución de 14 de diciembre de 2017), que el expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad o Mercantil tiene por objeto exclusivamente determinar de si la calificación es o no ajustada a Derecho. Igualmente es doctrina reiterada (vid., por todas, Resolución de 19 de enero de 2015), que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador. Y también ha afirmado reiteradamente con base en el mismo fundamento legal (vid., por todas, Resolución de 23 de diciembre de 2010), que en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador (y aportados al interponer el recurso). En consecuencia, no procede llevar a cabo un pronunciamiento en relación con documentos que no se pusieron a disposición de la registradora al tiempo de llevar a cabo su calificación, sin perjuicio de que llevándose a cabo una nueva presentación se adopte un nuevo acuerdo

de calificación en el que se haga referencia a dichos documentos (vid. artículo 108 del Reglamento Hipotecario).

En segundo lugar, los recurrentes alegan falta de motivación en la nota de defectos en virtud de la que interponen el oportuno recurso. Esta Dirección General ha afirmado que cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011, 20 de julio de 2012 y 18 de noviembre de 2013, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de los hechos y razonamientos aducidos por el registrador que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso.

Este régimen es de plena aplicación a los registros de naturaleza mercantil ha vida cuenta de que la disposición adicional vigesimocuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social establece: «La regulación prevista en el sección 5.ª del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del registrador de la Propiedad es también aplicable a los recursos contra la calificación del Registrador Mercantil y del de Bienes Muebles».

No obstante, conviene tener en cuenta que es igualmente doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012, 19 de julio de 2013 y 22 de diciembre de 2015) que la argumentación en que se fundamenta la calificación es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo acredita en este caso el mismo contenido del escrito de interposición, por lo que procede entrar en el fondo del asunto.

Igual razonamiento es aplicable a la solicitud de depósito de cuentas de conformidad con la remisión que el artículo 368.3 del Reglamento del Registro Mercantil realiza al régimen general de calificación de títulos defectuosos.

2. Entrando en el fondo del asunto este Centro Directivo se ha referido en numerosas ocasiones a la cuestión debatida afirmando 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 sea quien la haga, incluida por tanto la convocatoria registral (y antes, la judicial).

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. Resoluciones de 16 de febrero de 2013 y de 12 de febrero de 2018).

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).

3. La Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas estableció en su artículo 53 que la junta general debía ser convocada «mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos quince días antes de la fecha fijada para su celebración». Esta norma legal fue mantenida después de la reforma que sufrió dicha Ley por la 19/1989, de 25 de julio (vid. artículo 97 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, si bien se sustituyó el referido boletín oficial por el «Boletín Oficial del Registro Mercantil»); y mediante la disposición final primera de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, se amplió de quince días a un mes el plazo de antelación de la publicación del anuncio de la convocatoria.

El texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, reguló en su artículo 173 la forma de la convocatoria de las juntas generales de las sociedades de capital y en su artículo 176 el plazo previo de la convocatoria, manteniéndose la misma regulación anterior para las sociedades anónimas. El artículo 6.2 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, en vigor desde dicha fecha, modificó el citado artículo 173 estableciendo que la convocatoria de las juntas generales de las sociedades anónimas fueran convocadas «mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social». Posteriormente, por el artículo 1.8 de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, se volvió a modificar el precepto en el que, igualando el régimen de la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad 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 (que entró en vigor el día 24 de junio de 2012), se modificó el artículo 173 en los términos actualmente vigentes, según los cuales la junta general de las sociedades de capital «será convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad si ésta hubiera sido creada, inscrita y publicada en los términos previstos en el artículo 11 bis. Cuando la sociedad no hubiere acordado la creación de su página web o todavía no estuviera ésta debidamente inscrita y publicada, la convocatoria se publicará 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. 2. En sustitución de la forma de convocatoria prevista en el párrafo anterior, los estatutos podrán establecer 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». De este modo se sigue manteniendo, ya como única forma estatutaria sustitutiva de la forma legal, la de comunicación individual y escrita.

La sucesión de normas aplicables a la forma de convocatoria de la junta general en tan corto espacio temporal hace patente la finalidad perseguida por el legislador 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 y la agilidad del tráfico jurídico. También se aprecia, en todas las reformas sucesivas, que tanto respecto de sociedades limitadas como de sociedades anónimas es preferente lo que dispongan los estatutos sobre la forma de convocar la junta que el resultante del sistema o sistemas supletorios establecidos por la norma legal en defecto de regulación estatutaria.

4. Reitera lo anterior el criterio mantenido en numerosas ocasiones por esta Dirección General de que si existe un cambio normativo que afecte en todo o en parte 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 esta 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 en el sentido de no entenderse comprendidos en el contrato «cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar», 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.

5. A la luz de las consideraciones expuestas es preciso traer a colación la reciente Resolución de 17 de octubre de 2018 cuyo supuesto de hecho es, en lo esencial, idéntico al que da origen a la presente por lo que la doctrina entonces formulada deber ser ahora reiterada. Como en aquél supuesto, el que da lugar a la presente se caracteriza por el contenido estatutario en materia de convocatoria de la junta y en la previsión de dos sistemas de llevarlo a cabo. Conforme al artículo 11 de los estatutos sociales: «La convocatoria, tanto para las Juntas Generales ordinarias como para las extraordinarias, se realizará mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos un mes antes de la fecha fijada para la celebración de la Junta».

Conforme al artículo 12: «Cuanto todas las acciones sean nominativas, el órgano de administración podrá, en los casos permitidos por la Ley, suplir las publicaciones establecidas legalmente por una comunicación escrita a cada accionista o interesado, cumpliendo en todo caso lo dispuesto en la Ley».

De conformidad con la doctrina expuesta en la resolución citada, de la conjunción de los preceptos examinados resulta claro que, al establecer los socios la regulación de los artículos 11 y 12 de sus estatutos, lo que quisieron fue sustituir la forma legal de convocar la junta general, para el supuesto de acciones nominativas (publicaciones en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia), por la comunicación escrita a los accionistas si la ley lo permitiera y en los términos en que esta lo hiciera («cumpliendo en todo caso lo dispuesto por la Ley», expresan los estatutos), por lo que debe entenderse que siendo todas las acciones nominativas los estatutos disponen que la convocatoria se debe realizar 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. De este modo no se trata de consagrar un sistema alternativo de convocatoria (que esta Dirección General ha rechazado en numerosas ocasiones, vid. Resoluciones de 25 de febrero de 1999, 21 de julio de 2011, 23 de octubre de 2013 y 25 de abril de 2016), sino de aceptar una fórmula que considera distintos sistemas de convocatoria en función de cual sea la naturaleza de las acciones – artículo 23.d) de la Ley de Sociedades de Capital–.

Esta conclusión se ajusta al criterio mantenido de forma reiterada por esta Dirección General sobre los cambios normativos que afecten en todo o en parte al contenido de los estatutos sociales, y que ha sido expuesto en el anterior fundamento de Derecho.

Debe, por tanto, concluirse en el presente caso que la convocatoria realizada a todos los accionistas mediante correo certificado con aviso de recibo se ajusta a los estatutos sociales interpretados según la regulación legal vigente y la finalidad y el espíritu de los mismos.

6. Es cierto que, a diferencia del supuesto que dio lugar a la Resolución de 17 de octubre de 2018, en el actual no comparecieron a la junta la totalidad de los socios convocados. Pero no es esta la cuestión crucial sino el hecho de que todos ellos fueron convocados a la junta por un medio que se considera ajustado a Derecho y que les permitió ejercer debidamente sus derechos de socio, tanto acudiendo a la junta como no haciéndolo.

También es cierto, como pone de relieve la registradora en su informe, que la Resolución de 23 de mayo de 2014 llegó a conclusión contraria a la que ahora se resuelve pero no lo es menos que este Centro Directivo considera que la doctrina ahora expuesta es más acorde con el equilibrio exigible entre el interés social y la protección de la minoría así como con las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica y de eficiencia empresarial.

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

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