

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

3289 *Resolución de 9 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por contra la negativa del registrador mercantil XI de Barcelona a la constancia por nota marginal de la web de la sociedad.*

En el recurso interpuesto por don D. A. I., contra la negativa del registrador Mercantil XI de Barcelona, don Heliodoro Sánchez Rus, a la constancia por nota marginal de la web de la sociedad.

Hechos

I

El 4 de octubre de 2011 se presentó en el Registro Mercantil de Barcelona, causando el asiento 2681 en el Diario 1120, certificación expedida en Terrassa el 29 de julio de 2011, por el administrador de la sociedad don D. A. I., cuya firma legitimó el notario don Ángel García Diz el 2 de agosto de 2011, solicitando la constancia en la hoja abierta a la sociedad, «Axis Consulting, S.L.», de su página web a los efectos de lo dispuesto en el artículo 173.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010 y de la Instrucción de este Centro Directivo de 27 de mayo de 2011. El artículo 13 de los estatutos inscritos de dicha sociedad dicen literalmente lo siguiente: «La Junta General será convocada por los administradores, o liquidadores, en su caso, mediante comunicación individual y escrita del anuncio a todos los socios en el domicilio que conste en el libro registro, por correo certificado, con acuse de recibo».

II

El registrador Mercantil XI de Barcelona, don Heliodoro Sánchez Rus, suspende la práctica de la nota marginal solicitada en méritos de la siguiente nota de calificación: «Notificación de calificación negativa (artículo 322 LH). El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18.8 del Código de Comercio -con la conformidad de los cotitulares-, ha acordado suspender la práctica de la inscripción solicitada, en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican. Hechos (Datos del Registro, de la entrada, del asiento de presentación, de la fecha y hora de presentación, del presentante, de los interesados, de la naturaleza del documento, del objeto, número de protocolo y fecha, notario que legitimó la firma del documento) Fecha de la calificación: 19/10/2011. Fundamentos de Derecho (Defectos). - Siendo según el artículo 13.º de los estatutos sociales inscritos el sistema de convocatoria de la Junta, comunicación individual y escrita, si la voluntad social es cambiar dicho sistema de convocatoria por la publicación del anuncio de convocatoria de la junta en la página web de la sociedad, será necesario acuerdo de la junta general de modificación del artículo 13 de los estatutos sociales formalizado en escritura pública, (artículos 11 bis y 173 de la Ley de Sociedades de Capital y punto noveno de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de mayo de 2011). El defecto consignado tiene carácter subsanable. La anterior nota (...). El Registrador. (Firma ilegible y sello del Registro con nombre y apellidos del registrador)».

III

Don D. A. I. interpone recurso mediante escrito, presentado directamente en esta Dirección General, de fecha 7 de noviembre de 2011, el cual fue remitido, junto con la

documentación acompañada, el 14 de noviembre al Registro Mercantil XI de Barcelona conforme a lo dispuesto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

En dicho escrito don D. A. I. solicita la anulación de la calificación negativa en base a las siguientes alegaciones:

Primera.

En el párrafo primero del artículo noveno de la Instrucción de 18 de mayo de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General, en aplicación del Real Decreto Ley 13/2010 de 3 de diciembre, se establece que «En los casos en los que se optara por la publicación de la convocatoria de la junta general en la página web de la sociedad, en aplicación de lo previsto en el artículo 173.1 de la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma introducida por el Real Decreto-ley 13/2010, la sociedad deberá o bien determinar la página web en los estatutos de la sociedad o bien notificar a todos los socios la existencia y dirección electrónica de dicha página web y el sistema de acceso a la misma. (...)».

Segunda.

Posteriormente, en fecha 27 de mayo de 2011, la Dirección General de los Registros y del Notariado procedió a publicar una nueva Instrucción (sic), en virtud de la cual se corrige la Instrucción de 18 de mayo citada anteriormente. En concreto, en esta nueva Instrucción de 27 de mayo se establece que el párrafo primero del artículo noveno de la Instrucción de 18 de mayo (transcrito literalmente en el párrafo anterior del presente escrito) debe decir lo siguiente: «En los casos en los que se optara por la publicación de la convocatoria de la junta general en la página web de la sociedad, en aplicación de lo previsto en el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma introducida por el Real Decreto-ley 13/2010, la sociedad deberá o bien determinar la página web en los estatutos de la sociedad o bien notificar dicha página web al Registro Mercantil, mediante declaración de los administradores, para su constancia por nota al margen».

Tercera.

En los fundamentos de derecho (defectos) de la calificación negativa que se recurre mediante el presente recurso, se establece que «Siendo según el artículo 13º de los estatutos sociales inscritos el sistema de convocatoria de la Junta, comunicación individual y escrita, si la voluntad social es cambiar dicho sistema de convocatoria por la publicación del anuncio de la convocatoria de la junta en la página web de la sociedad, será necesario acuerdo de la junta general de modificación del artículo 13 de los estatutos sociales formalizado en escritura pública (artículos 11 bis y 173 de la Ley de Sociedades de Capital y punto noveno de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de mayo de 2011).

Cuarta.

Según la interpretación del recurrente, el defecto esgrimido en el párrafo anterior es contradictorio con lo establecido en la Instrucción de 27 de mayo de 2011. La Instrucción de 27 de mayo de 2011 permite (en los casos en los que se opte por la publicación de la convocatoria de la junta general en la página web de la sociedad):

- o bien determinar la página web en los estatutos de la sociedad;
- o bien notificar dicha página web al Registro Mercantil, mediante declaración de los administradores.

Por lo tanto, la notificación de calificación negativa del registrador Mercantil XI de Barcelona, el Sr. Heliodoro Sánchez Rus, no tiene en cuenta la segunda opción

establecida en la Instrucción de 27 de mayo de 2011 (elección por la que ha optado la sociedad), y únicamente prevé la realización de un acuerdo de junta para modificar los estatutos sociales como opción para determinar la página web para la publicación de convocatoria de juntas.

IV

El registrador emitió su informe el día 23 de noviembre de 2011, haciendo constar que junto al escrito de interposición del recurso se reciben copias de la nota de calificación, copia de la certificación, de la Instrucción de 18 de mayo de 2011, de la Instrucción de 27 de mayo de 2011, ambas de la Dirección General de los Registros y del Notariado y copia de la escritura de poder del firmante (escritura de constitución de la sociedad que contiene el nombramiento).

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; artículos 326 y 327 de la Ley Hipotecaria; artículos 11 bis, 23 f., 160 y 173 de la Ley de Sociedades de Capital en su triple redacción por el Real Decreto Legislativo 1/2010, por el Real Decreto Ley 13/2010 y por la Ley 25/2011; artículo 46 de la Ley 2/1995; Resoluciones de esta Dirección General de 29 de abril de 2000, 11 de noviembre de 2002, de 18 de noviembre, 4 y 9 de diciembre de 2003, 26 de febrero de 2004, 15 de abril de 2005, 5 de julio, y 21 de marzo de 2011; Instrucción de este Centro Directivo de 18 de mayo de 2011, sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de junta general en aplicación del Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, y su corrección por otra de 27 del mismo mes; la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones; disposición transitoria primera de la Ley 2/1995, disposición transitoria segunda del Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre y disposiciones transitorias 2.ª y 4.ª del Código Civil.

1. El único problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si, constando en los estatutos vigentes de una sociedad limitada, como forma de convocatoria de la Junta, la de «comunicación individual y escrita del anuncio a todos los socios en el domicilio que conste en el libro registro, por correo certificado, con acuse de recibo», es posible que por certificación del administrador único se consigne en la hoja abierta a la sociedad, por nota marginal, la dirección electrónica de la página web de la sociedad «a los efectos de lo dispuesto en el artículo 173.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010», es decir a los efectos de establecer el medio a través del cual se comunicará la convocatoria de la junta a los socios.

2. Dentro del proceso de modernización de nuestro Derecho de sociedades, el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, estableció, junto a otra serie de medidas simplificadoras siguiendo la tendencia marcada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, una nueva redacción del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital sobre la forma de convocatoria de la Junta de dichas sociedades. En dicho artículo se instauró, como forma normal de convocatoria de la Junta de todas las sociedades de capital, la realizada por medio de su publicación en el BORME y en la web de la sociedad, siempre que la misma exista 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. Sin embargo, para las sociedades limitadas se permitía que en sus estatutos, en sustitución de la anterior forma legal, se estableciera que la misma pudiera hacerse «en la web de la sociedad o, en el caso de que no exista, 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 o en el que conste en el Libro-Registro de socios».

Dada la novedad de la materia, este Centro Directivo consideró necesario aclarar determinados extremos del precepto anterior para posibilitar las convocatorias por medio de la web social, y para ello en Instrucción de 18 de mayo de 2011, aclarada por otra de 27 del mismo mes, vino a disponer en el punto nueve de dicha Instrucción, que «en los casos en que se optara por la publicación de la convocatoria de la junta general en la página web de la sociedad, en aplicación de lo previsto en el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital... la sociedad deberá o bien determinar la página web en los estatutos de la sociedad o bien notificar dicha página web al Registro Mercantil, mediante declaración de los administradores, para su constancia por nota al margen». La Instrucción no pretendió alterar el contenido de los estatutos de las sociedades limitadas que tuvieran establecida una forma de convocatoria de su junta por alguno de los medios permitidos por el citado precepto, sino simplemente posibilitar a las sociedades anónimas, o limitadas sin regulación estatutaria de forma de convocatoria, que pudieran sustituir con seguridad para los socios la publicación en un diario (cfr. artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, derogado) por la publicación en la web de la sociedad con la consiguiente simplificación y ahorro de costes, que era lo perseguido por el legislador, y al mismo tiempo dar también unas indicaciones sobre la forma de constancia de la web social para aquellas sociedades limitadas, bien de nueva constitución o ya constituidas que por medio de una modificación de estatutos establecieran la web social como medio de convocar la junta igualmente por motivos de simplificación y economía.

3. Siguiendo con este proceso modernizador y simplificador, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, vuelve a dar nueva redacción al citado artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital, estableciendo como preferente, a la hora de regular la forma de convocatoria de la junta, lo que dispongan los estatutos de la sociedad, aunque con ciertas limitaciones, según resulta del punto 2 de dicho precepto. Si los estatutos no disponían nada, la convocatoria sería realizada por publicación en el BORME y en la página web de la sociedad, y si la sociedad no contaba con web corporativa ésta sería sustituida por la publicación realizada en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia del domicilio social.

4. Como consecuencia del cambio legislativo operado en poco espacio de tiempo en el tan citado artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital, se plantea la cuestión de determinar la norma que le es aplicable al supuesto de hecho objeto del presente recurso, pues la redacción del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital dada por el Real Decreto-ley 13/2010, con entrada en vigor el 3 de diciembre, fue nuevamente modificada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, con entrada en vigor el 2 de octubre. La certificación cuya presentación inició el procedimiento registral, firmada por el administrador único de la sociedad, está fechada el 29 de julio de 2011, con firma legitimada el 2 de agosto y, por tanto, bajo la vigencia del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital en la redacción del Real Decreto-ley 13/2010. Sin embargo, dicha certificación no fue presentada en el Registro hasta el 4 de octubre de 2011, esto es, ya bajo la vigencia del nuevo artículo 173 en su redacción por Ley 25/2011, siendo así que ambos textos legales carecen de normas de derecho transitorio (en el primer caso justificado por su naturaleza de texto refundido).

5. Ahora bien, en el presente caso no resulta preciso prejuzgar sobre el ámbito de aplicación temporal de las citadas disposiciones, pues la aplicación de la norma en sus dos redacciones sucesivas conduce al mismo resultado. En efecto, aplicando el artículo 173 en su redacción ya derogada el resultado, en cuanto a lo que se dilucida en este expediente, sería el mismo, pues el nuevo artículo 173 deja en todo caso a salvo lo que dispongan los estatutos de la sociedad y el derogado artículo 173, en su

redacción del Real Decreto Ley 13/2010, para las sociedades limitadas, permitía que, en sustitución del sistema legal, se pudiera establecer en estatutos que la convocatoria se hiciera, entre otros medios, «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 el Libro-registro de socios». A la vista de ambos preceptos, derogado y vigente, y de las disposiciones transitorias de la Ley 2/1995 y del Real Decreto Legislativo 1564/1989, el artículo de los estatutos de la sociedad recurrente que regula la forma de convocatoria de la Junta no ha perdido su eficacia y pese a la entrada en vigor de las nuevas normas está plenamente de acuerdo con las mismas pues se trata de un sistema sustitutivo del legal y establecido en los estatutos sociales que son de aplicación preferente a lo dispuesto en la propia Ley con carácter supletorio.

6. Sobre esta base debe examinarse si existiendo en los estatutos de la sociedad una especial forma de convocatoria es posible hacer constar en la hoja de la sociedad, por nota marginal, la decisión del órgano de administración de establecer una web a los «efectos del artículo 173.1 de la Ley de Sociedades de Capital». Parece claro que la intención del órgano de administración de la sociedad es la de establecer dicha web para poder realizar las convocatorias de la junta general por medio de un anuncio insertado en la misma, dada la remisión al artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital, prescindiendo totalmente de la regulación estatutaria establecida por acuerdo unánime o mayoritario de los socios. Ello indudablemente no es posible. Los estatutos como norma orgánica que reglamenta la vida de la sociedad, sin perjuicio de su indudable aspecto contractual, y aunque no sean verdadero derecho objetivo, tienen un aspecto de derecho interno de la sociedad y, por tanto, se erigen en norma que han de respetar por los administradores y los socios, y ello sin perjuicio de su posible modificación por acuerdo mayoritario de los mismos. En este sentido, la Resolución de este Centro Directivo de 11 de noviembre de 2002 vino a establecer que sólo será válido y eficaz, en una sociedad limitada, de conformidad con el propio artículo 46.2 de su entonces Ley reguladora, la convocatoria que cumpla el sistema que voluntariamente se ha adoptado en estatutos. Admitir la convocatoria efectuada por otros medios, en el caso debatido la web de la sociedad, «supondría dejar al arbitrio de los administradores la forma de la convocatoria, con menoscabo del derecho del socio a saber en qué forma ha de esperar ser convocado». En idéntico sentido se pronunciaron las Resoluciones de 29 de abril de 2000, 26 de febrero de 2004 y finalmente la de 15 de abril de 2005 que en un supuesto de convocatoria judicial determinó que la forma de hacer la convocatoria era la estatutaria.

7. Por todo ello, para la constancia de la web en la hoja de la sociedad, lo primero que debe hacerse es modificar los estatutos sociales en el punto relativo a la forma de convocatoria y una vez establecida como forma de convocatoria, al amparo del artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la web social es cuando podrá hacerse constar la concreta dirección de dicha web en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil. Y ello es claramente incumbencia de la junta general pues como posible contenido estatutario que es (cfr. artículo 23,f) de la Ley de Sociedades de Capital) su modificación entra dentro del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital que como una de las competencias de la junta, le señala en su apartado c, la de la «modificación de los estatutos sociales». Finalmente debe tenerse en cuenta que la creación de una página web corporativa, conforme con lo establecido en el nuevo artículo 11 bis de la Ley de Sociedades de Capital, es también competencia de la Junta General, pues la web a que se refiere dicho artículo, bajo el epígrafe de «sede electrónica», es la que debe servir para todas las finalidades establecidas en la propia ley o en los estatutos de la sociedad.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado confirmar la nota de calificación recurrida y desestimar el recurso interpuesto, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

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, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 9 de febrero de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.