

**III. OTRAS DISPOSICIONES****MINISTERIO DE JUSTICIA**

**12232** *Resolución de 23 de octubre de 2013, 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 I de Santa Cruz de Tenerife, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales relativos a la forma de convocatoria de la junta general.*

En el recurso interpuesto por don R. U. J., en nombre y representación y como administrador solidario de la sociedad «Urbanización Playa Fañabé, S.A.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Santa Cruz de Tenerife, don Andrés Baretino Coloma, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales relativos a la forma de convocatoria de la junta general.

**Hechos**

I

Por el notario de Adeje, don Roberto Jesús Cutillas Morales, se autoriza escritura pública el día 18 de junio de 2013 por la que la representación de la sociedad «Urbanización Playa Fañabé, S.A.» eleva a públicos los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad en su reunión de fecha 27 de diciembre de 2012, entre los que se encuentra el relativo a la modificación de la forma de convocatoria de las juntas que, por ser transcrito en el acuerdo de calificación que consta a continuación, no se reitera.

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Tenerife Don CB registradores Mercantiles de Tenerife, Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife 2 Merc., 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: 66/4485 F. presentación: 25/06/2013 Entrada: 1/2013/5717,0 Sociedad: Urbanización Playa Fañabe Sociedad Anónima Autorizante: Cutillas Morales, Roberto Jesús Protocolo: 2013/2531 de 18/06/2013 Fundamentos de Derecho (defectos) 1- La forma de convocatoria prevista en el artículo 16º de los estatutos: «Artículo 16º. Forma de la convocatoria. 1. La junta general será convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad [www.playa.upfsa.net](http://www.playa.upfsa.net).–2. En sustitución de la forma de convocatoria prevista en el apartado anterior, la convocatoria se podrá 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. En el caso de socios que residan en el extranjero, sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones.–3. La junta general podrá acordar establecer mecanismos adicionales de publicidad a los previstos en la ley y en los estatutos.»; vulnera lo previsto en el artículo 173.2 de LSC, al configurarse como formas alternativas de convocatoria y no supletoria una de otra –resolución DGRN de 21 de julio de 2011– no pudiendo quedar al arbitrio del órgano de administración la forma en que han de ser convocados los socios –resolución DGRN de 25 de febrero de 1999–. Asimismo, los procedimientos adicionales de

convocatoria que en su caso acuerde la junta, –que se expresan en el apartado 3 del citado artículo estatutario–, han de constar necesariamente en los estatutos –art. 173.3 LSC. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15º del R. R. M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación (...) Santa Cruz de Tenerife, a 1 de julio de 2013 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador) El registrador».

## III

Contra la anterior nota de calificación, don R. U. J., en nombre y representación y como administrador solidario de la sociedad «Urbanización Playa Fañabé, S.A.», interpone recurso en virtud de escrito, de fecha 6 de agosto de 2013, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero, que es evidente que no se configura un sistema alternativo de convocatoria pues se establece la convocatoria por medio de página web y como supletorio, el sistema de comunicación individual y escrito; que la palabra sustitución, como viene definida por la Real Academia Española, implica supletoriedad y no alternatividad; que es claro que la fórmula no dice que la junta sea convocada ya de una forma ya de otra, sino que tiene por objeto establecer un sistema suplementario (sic) a la publicación de la página web, y que el término sustitución excluye cualquier idea de alternancia, sin que la forma de convocatoria quede al arbitrio del órgano de administración; Segundo, que la redacción acordada viene a coincidir casi literalmente con la previsión del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital recogiendo la misma terminología, sustitución, que la legalmente usada; Tercero, que la Dirección General de los Registros y del Notariado es ocasiones anteriores, con cita de las Resoluciones de 29 de junio y 5 de julio de 2011, exige que los estatutos recojan las garantías de información que sobre la convocatoria la norma legal establece (lo que concurre en este caso) e incluso aceptan la existencia de sistemas alternativos; Cuarto, que en cuanto al punto relativo a la previsión de que la junta apruebe procedimientos adicionales de convocatoria, se comparte la afirmación de la nota pues, evidentemente, deberán constar en los estatutos. Lo que ocurre es que la norma se limita a prever su existencia y, por tanto, no viola norma alguna pues será, en su momento, con los requisitos previstos para la modificación de estatutos, cuando deberán aprobarse e inscribirse; y, Quinto, que las Resoluciones citadas en el acuerdo no son de aplicación pues una de ellas es de 1999, claramente anterior a la actual redacción del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital, y la otra se refiere a sociedades profesionales.

## IV

El registrador emitió informe, el día 30 de agosto de 2013, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que, notificado el notario autorizante, no realizó alegaciones.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 28 y 173 de la Ley de Sociedades de Capital y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de febrero de 1999, 29 de abril de 2000, 26 de febrero de 2004, 21 de marzo, 29 de junio y 5 de julio de 2011, 9 de febrero y 10 de octubre de 2012 y 11 de febrero y 1 de octubre de 2013.

1. Dos son las cuestiones que se debaten en este expediente. Por un lado, si determinada cláusula estatutaria relativa a la forma de convocatoria de junta general de una sociedad anónima es conforme a Derecho por contener un sistema sustitutorio o, si por el contrario, se trata de un sistema alternativo lo que justificaría su exclusión. En segundo lugar, si es inscribible la mera referencia a que la junta podrá establecer mecanismos adicionales de convocatoria.

2. Es doctrina de este Centro Directivo (Resolución de 10 de octubre de 2012, por todas), que la regla que precisa cuáles son los requisitos formales de convocatoria en una concreta sociedad mercantil son los estatutos inscritos en el Registro Mercantil y sólo en su defecto, será de aplicación lo previsto supletoriamente en la Ley. Desde este punto de vista se ha recordado recientemente (Resolución de 1 de octubre de 2013) 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.

La Ley de Sociedades de Capital prevé, en su artículo 28, que: «En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido».

En la materia que nos ocupa, este Centro Directivo ha señalado determinados límites que los estatutos no pueden traspasar, bien porque implicaría perjudicar derechos esenciales de los socios, bien porque se violentaría la estructura de funcionamiento de la sociedad.

Como corolario, el carácter obligatorio de las normas estatutarias para los socios y para la propia sociedad impone que la convocatoria de la junta haya de hacerse precisamente en la forma en aquéllas prevista sin que sea válida la convocatoria llevada a cabo por medios distintos (Resolución de 1 de octubre de 2013, por todas). Lo contrario implicaría una violación no sólo de la norma en sí, sino también del derecho de los socios a saber en qué forma concreta y específica pueden ser llamados a reunirse en junta general (Resoluciones de 9 de febrero de 2012 y 11 de febrero de 2013).

Es por esta causa que una muy consolidada doctrina de esta Dirección General (Resolución de 25 de febrero de 1999 y demás citadas en los «Vistos»), tiene declarado que la forma de convocatoria ha de quedar debidamente determinada en los estatutos sin que quepa la previsión de dos o más sistemas alternativos cuya aplicación concreta a una convocatoria específica pueda ser decidido por el órgano encargado de convocar.

3. La regulación actual sobre la forma de convocatoria se contiene en el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital que distingue claramente entre el sistema legal de convocatoria (párrafo primero) y el sistema estatutario que se haya establecido en sustitución, en lugar del anterior (párrafo segundo). A ello añade la posibilidad de que los estatutos regulen mecanismos adicionales de publicidad entre los que se incluyen las alertas de naturaleza telemática (párrafo tercero). Este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones recientes sobre el contenido y alcance de dicho precepto en relación a diversas cuestiones y, en lo que ahora nos interesa, para confirmar su tradicional doctrina de que el sistema estatutario de convocatoria ha de estar determinado y debe ser necesariamente respetado sin que quepan fórmulas que impliquen «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».

4. A la vista de las anteriores consideraciones resulta con meridiana claridad que el recurso no puede prosperar. Respecto de la primera cuestión señalada por el registrador porque el precepto estatutario aprobado prevé dos sistemas de convocatoria sin determinar en qué momento o por qué causas objetivas ha de aplicarse uno u otro lo que implica, necesariamente, que el órgano de administración al convocar puede optar por un sistema o por el otro sin que su decisión haya de basarse en una circunstancia predeterminada.

Nótese que la norma estatutaria se limita a afirmar que en sustitución de la convocatoria por página web la convocatoria se puede realizar por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrito pero no recoge causa alguna en virtud de la que deba operar la sustitución (confróntese con la dicción del artículo 173.1 de la Ley de Sociedades de Capital). No existe por tanto criterio de fijación del sistema de convocatoria para una concreta y determinada junta lo que equivale a establecer un sistema alternativo sujeto a la libre voluntad del órgano de administración.

No es posible acoger ninguno de los motivos de impugnación contenidos en el escrito de recurso. Es cierto que el término «en sustitución» alude no a un sistema alternativo sino supletorio pero para que ello sea así es preciso que se determine la causa de sustitución. Ciertamente al acordar la junta la creación de una página web corporativa y prever que la convocatoria de junta ha de hacerse mediante publicación en la misma, configura un sistema obligatorio de convocatoria. Pero la previsión de sustitución de este sistema por otro, sin especificación alguna de cuándo debe operar, deja aquella obligatoriedad vacía de contenido pues en definitiva tan oportuno puede ser un motivo como otro a falta de previsión al respecto. Y es que la «casi coincidencia» de la previsión estatutaria con el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital a que alude el recurrente ha omitido el factor diferenciador, la expresión de causa, que habría permitido la aceptación de la cláusula aprobada (nuevamente, confróntese con el número 1 del artículo 173). Tampoco tiene razón el recurrente al afirmar que la doctrina de esta Dirección General es conforme a sus planteamientos como ha quedado por extenso expuesto más arriba. Además, tanto en el supuesto de la Resolución de 29 de junio de 2011 como en la de 5 de julio del mismo año se previeron sistemas de convocatoria para el caso de que los sistemas de comunicación telemáticos o la página web no fueren operativos; esta expresión de causa llevó a este Centro Directivo a considerar que no existían sistemas alternativos sino supletorios.

Finalmente debe confirmarse el segundo defecto de los señalados por el registrador. Como el propio escrito de recurso reconoce, carece de contenido normativo actual la mera previsión de que la junta pueda aprobar sistemas adicionales de publicidad. Como queda acreditado en consideraciones anteriores el contenido de los estatutos es esencialmente de carácter normativo por lo que no pueden formar parte los meros compromisos o declaraciones de intenciones sin perjuicio de su eventual validez entre las partes que los formulan.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar 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, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 23 de octubre de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.