

Mercantil

Convocatoria de la junta mediante un procedimiento de comunicación individual que asegure la recepción del anuncio por los socios (observaciones al hilo de la RDGSJFP de 10 de mayo del 2023)

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 10 de mayo del 2023 —que consideró no inscribible la cláusula estatutaria que preveía la posibilidad de convocar de la junta general mediante correo ordinario— ofrece la ocasión de visitar la doctrina registral relativa al requisito legal de que el procedimiento de comunicación individual y escrita establecido en los estatutos asegure la recepción del anuncio por los socios.

ALBERTO DÍAZ MORENO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Planteamiento

El artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) regula la «forma de la convocatoria» de la junta general de las sociedades de capital no cotizadas (para las cotizadas ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 516, del que no nos ocuparemos en estas notas). El mencionado artículo 173 presenta una estructura clara. En el primer apartado se establece cómo habrá de hacerse la convocatoria de la junta a falta de disposición sobre esta materia en los estatutos. Y se distingue según que exista o no página web corporativa. En su segundo apartado permite que los estatutos prevean un sistema de convocatoria sustitutivo del legal y enuncia

las condiciones que habría de reunir el procedimiento de comunicación eventualmente elegido. Finalmente, el tercer apartado permite que, por vía estatutaria, se establezcan mecanismos adicionales de publicidad de la convocatoria con respecto a los previstos en la ley (art. 173.1 LSC) y, aunque no se diga expresamente, también con respecto a los, en su caso, previstos con carácter sustitutivo en los estatutos sociales (art. 173.2 LSC). A ello añade el precepto, probablemente de manera innecesaria (*cfr.* art. 28 LSC), que los estatutos pueden imponer a la sociedad la instauración y el mantenimiento de un sistema de «alerta» de los anuncios de convocatoria (cuando ésta se publique en la web de la compañía).

Como se ha apuntado más arriba, los estatutos sociales pueden establecer que la convocatoria se realice, en lugar de en la forma prevista en el primer apartado del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital (sistema legal), mediante un procedimiento de comunicación que cumpla tres condiciones: a) que sea individual; b) que sea por escrito, y c) 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 este documento pretendemos centrarnos (tomando como punto de partida la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 10 de mayo del 2023 [BOE núm. 130, de 1 de junio]) en el tercero de los requisitos mencionados.

2. La doctrina de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 10 de mayo del 2023

En el caso objeto de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 10 de mayo del 2023 se había presentado a inscripción la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada cuyos estatutos preveían que la junta general sería convocada «por conducto notarial, correo ordinario, burofax o correo electrónico con acuse de recibo o cualquier otro procedimiento de comunicación individual o escrito, siempre que el medio elegido asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio señalado al efecto».

El registrador mercantil acordó no practicar la inscripción de la referida disposición estatutaria porque, según su criterio, el correo ordinario no constituye un procedimiento que garantice la recepción de la convocatoria por los socios, según exige el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital. En su opinión

debió haberse previsto que la comunicación se efectuara «con acuse de recibo». La nota de calificación fue confirmada en cuanto a este punto por la Dirección General sobre la base de las consideraciones que seguidamente se resumen.

Como recordó el centro directivo, la doctrina registral ha venido manteniendo que el envío de la convocatoria de la junta general por correo certificado con acuse de recibo cumple las exigencias legales. Lo mismo sucede con su remisión mediante burofax con certificación de acuse de recibo e, incluso, con el correo electrónico, siempre que se complemente con un mecanismo de verificación de su recepción por los socios destinatarios del anuncio de convocatoria.

Pero en el caso objeto de la resolución de fecha 10 de mayo del 2023 la cuestión que se planteaba era diferente: se trataba de determinar si el correo ordinario (sin más añadidos) puede considerarse como uno de los sistemas de convocatoria de juntas generales admisibles a la luz del artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

La Dirección General respondió negativamente. Para alcanzar esta conclusión se apoyó en la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de la cual se deduce que no existe garantía de entrega para el correo ordinario. En este sentido, la resolución comentada apuntó que el servicio de entrega certificada se presenta como un servicio adicional al mero envío postal en régimen ordinario (que comprende únicamente las actividades de recogida, admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de envíos postales: arts. 3.1 y 21.1 de la Ley 43/2010). Frente al correo ordinario definido en estos términos, el servicio de correo certificado se caracteriza porque en él se facilita al remitente de un envío «a petición del

mismo y previo pago del importe que corresponda, resguardo acreditativo de su admisión, donde conste la fecha y hora de su presentación, y asimismo de su recepción por el destinatario...» (art. 16 de la Ley 43/2010). En otras palabras: según el centro directivo, a diferencia de lo que sucede con los envíos de correspondencia ordinarios, cuando el envío es certificado el operador postal presta (si así se le solicita), junto con los servicios de recogida, transporte y entrega, el de proporcionar la prueba de su recogida por el operador postal y la de su recepción por el destinatario (o, en su caso, de su no entrega). De hecho, el artículo 3.4 de la Ley 43/2010 define el *servicio de envío certificado* como aquel que «comporta una garantía fija contra los riesgos de pérdida, robo o deterioro, y que facilita al remitente, en su caso y a petición de éste, una prueba de depósito del envío postal o de su entrega al destinatario».

En suma, y esto es lo que importa destacar en este momento, la resolución de 10 de mayo del 2023 dedujo que el correo ordinario «no comprende, por determinación legal, la posibilidad de asegurar 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 los términos establecidos por el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital. Ello llevó a la Dirección General a concluir que no es inscribible (al menos en esa parte) la cláusula estatutaria que incluya el correo ordinario como medio de comunicar la convocatoria de la junta general de socios. Todo lo anterior, con la precisión adicional de que no cabría siquiera recurrir a establecer estatutariamente que el envío se haría por correo ordinario, pero con acuse de recibo, por cuanto este tipo de envío carece, por disposición legal, de la posibilidad de gozar de tal servicio adicional (esto es, de la acreditación de la recepción por el destinatario), que sólo

se presta en los supuestos de envíos certificados.

3. La doctrina registral sobre el artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Recapitulación y crítica

3.1. Recapitulación

En su resolución de 10 de mayo del 2023, la Dirección General fue coherente con su propia doctrina e insistió en la interpretación que ha venido haciendo del artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital. En concreto, reafirmó su entendimiento del requisito consistente en que el procedimiento de comunicación individual y escrita establecido en los estatutos para convocar la junta «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 efecto, una vez leída con atención, se comprueba que la resolución comentada pone el acento en que, si la convocatoria se remite por correo ordinario, ni existe garantía de entrega al destinatario ni se genera prueba de su recepción (o, en su defecto, de la falta de entrega y de sus circunstancias). Este procedimiento tampoco permite acreditar documentalmente la entrega del envío (en nuestro caso, del anuncio de convocatoria) al operador postal para su remisión. A partir de este dato (con arreglo a la Ley del Servicio Postal Universal, el correo ordinario no puede ofrecer estos servicios), concluyó la Dirección General que la correspondencia ordinaria no asegura la recepción por los socios del anuncio de convocatoria.

Como se ha apuntado, este razonamiento se sitúa en la línea seguida en resoluciones

anteriores. Así, la Dirección General ha mantenido reiteradamente que el envío de la convocatoria por correo certificado con acuse de recibo satisface las exigencias legales. O, por ser más precisos, ha considerado que este sistema de comunicación de la convocatoria se ajusta al requisito legal de «asegurar la recepción» del anuncio y, por tanto, que la cláusula estatutaria que lo prevea es inscribible, al menos en esa parte (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de abril del 2005 [BOE de 3 de junio], de 2 de agosto del 2012 [BOE de 11 de octubre], de 28 de octubre del 2014 [BOE de 25 de noviembre], de 13 de enero del 2015 [BOE de 19 de febrero], de 20 de diciembre del 2017 [BOE de 12 de enero del 2018] y de 19 de julio del 2019 [BOE de 7 de agosto]). La Dirección General ha mantenido este criterio al considerar que dicha modalidad de envío postal (correo certificado con acuse de recibo) permite acreditar la remisión y la recepción de la comunicación (siendo irrelevante a estos efectos que no pruebe fehacientemente su contenido dado que, una vez acreditadas la remisión y la recepción de la comunicación postal, incumbirá al socio la prueba de la falta de convocatoria —STS 361/2001, de 3 de abril [ECLI:ES:TS:2001:2788]—, por lo que no cabe exigencia adicional sobre la acreditación del contenido de ésta).

Del mismo modo, la Dirección General ha entendido que sería admisible la convocatoria mediante burofax con acuse de recibo, pero no mediante un mero y «ordinario» burofax (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de marzo del 2011 [BOE de 23 de mayo] y de 2, 3 y 4 de octubre del 2019 [BOE de 14 de noviembre];

resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de junio del 2020 [BOE de 3 de agosto] y de 3 de diciembre del 2021 [BOE de 22 de diciembre]).

En cuanto a la posibilidad de utilizar medios telemáticos, la doctrina registral afirma que resulta posible prever estatutariamente el correo electrónico como mecanismo de comunicación individual para remitir la convocatoria de la junta. Ahora bien, la Dirección General exige que el envío de mensajes electrónicos sea «complementado con algún procedimiento que permita el acuse de recibo del envío (como, por ejemplo, serían la solicitud de confirmación de lectura, o determinados medios que permitan obtener prueba de la remisión y recepción de la comunicación...)». Y ello —nótese bien el significado último del argumento—, porque admitir como válida la mera referencia al correo electrónico sin otro aditamento «implicaría entender que el envío de un correo electrónico, por sí solo, supone su recepción por el destinatario, sin exigir prueba alguna de la efectiva recepción» (vide las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de octubre del 2014 [BOE de 25 de noviembre], de 13 de enero del 2015 [BOE de 19 de febrero] y de 19 de julio del 2019 [BOE de 7 de agosto]).

3.2. Crítica

Obsérvese que, con arreglo a la doctrina registral señalada, no es aceptable la previsión estatutaria de remisión de la convocatoria por correo certificado, o mediante burofax, o a través del correo electrónico «sin más», esto es, sin añadir al procedimiento de comunicación

empleado la previsión de un medio o instrumento adicional —acuse o aviso de recibo, confirmación de entrega...— que posibilite la acreditación de la recepción del anuncio o de las circunstancias de la falta de tal recepción. En esta línea cabe señalar que la mera certificación permitirá tener constancia de que se ha efectuado el envío, pero no proporcionará al remitente la prueba de su recepción o entrega al destinatario. En consecuencia —y de acuerdo con lo que venimos comentando—, no sería inscribible la cláusula que previese la posibilidad de convocar mediante simple correo certificado (por supuesto, mucho menos resultará admisible el correo postal ordinario). La Dirección General pone así el acento no tanto en las características del medio de comunicación previsto para realizar la convocatoria, sino en la posibilidad de que queden acreditadas la remisión y, especialmente, la entrega del anuncio o, al menos, que esta última se ha intentado en los términos debidos y que, por ello, ha de tenerse por efectuada.

En mi opinión la lectura que la Dirección General viene haciendo del artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital genera algunas dudas en cuanto a su perfecta adecuación al tenor y, sobre todo, a la *ratio* del precepto. Merece, por ello, cierta reflexión. En efecto, en rigor, los instrumentos que permiten acreditar la remisión del anuncio o la recepción de la convocatoria por su destinatario no aseguran por sí mismos dicha recepción más allá de lo que lo hace el propio sistema de comunicación elegido. De esta forma, la doctrina registral que venimos comentando se traduce —a mi juicio— en la exigencia de algo que no es lo estrictamente reclamado por la ley: que el sistema de comunicación

individual y escrito permita acreditar la remisión y, sobre todo, la recepción por el destinatario o la falta de recepción por circunstancias imputables a éste (en este sentido, cabe precisar que ha de entenderse correctamente efectuada la convocatoria cuando se acredite que el socio podría y debería haberla conocido si hubiera actuado con la buena fe y la diligencia exigibles: arg. ex arts. 1262 CC y 54 CCom; vide STS 391/2004, de 21 de mayo [ECLI:ES:TS:2004:3504]; SAP Barcelona [Sección 15.^a] de 11 de febrero del 2004 [ECLI:ES:APB:2004:1668]).

Atendiendo a la letra de la ley, quizás fuera más oportuno entender que satisface el requisito recogido en el artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital cualquier sistema de comunicación individual y escrita previsto en los estatutos que, por sus propias características, y suponiendo su regular funcionamiento, sea capaz de asegurar, en términos de razonabilidad, que la convocatoria llegue a su destinatario. Ello tal vez podría llevar a exigir que, si se prevé el recurso del correo postal como medio para remitir la convocatoria, éste habrá de ser certificado por la seguridad que aporta dicha modalidad de envío, mayor (en principio) que la propia del correo ordinario. Téngase en cuenta que, en el caso de envíos certificados, el operador postal (el designado como operador universal y los restantes) debe ofrecer garantía de entrega del envío (art. 3.4 Ley 43/2010), lo que se traduce en un deber de indemnizar en caso de pérdida de los envíos certificados (art. 12 Ley 43/2010), deber que no se extiende al correo ordinario (no certificado).

Desde esta perspectiva, no sería necesario, por tanto, que el medio de comunicación

estatutariamente previsto fuera acompañado de un mecanismo de acreditación de la remisión y de la recepción de la convocatoria por sus destinatarios individuales (aunque esto pueda resultar aconsejable y lógico desde el punto de vista práctico en previsión de eventuales impugnaciones posteriores). Bastaría, entonces, a efectos de la adecuación a la ley (y de su inscripción) de la correspondiente regla estatutaria, con que el procedimiento elegido garantizara razonablemente, en condiciones normales y en el supuesto de funcionamiento en los términos ordinarios y habitualmente esperables, la llegada de la comunicación a su destino (y nótese que, en esta lógica, descartar como medio utilizable el correo postal ordinario supone admitir —no sin cierta melancolía— que, desafortunadamente, este tipo de servicio postal no resulta suficiente para *asegurar* —ni siquiera entendido este término en la forma modulada que aquí se sugiere— la recepción del anuncio por los socios).

En todo caso, y con independencia de lo acertado o desacertado de la interpretación dominante en la doctrina registral, exigir que la cláusula estatutaria correspondiente prevea un sistema que permita acreditar la recepción de la convocatoria conduce a trasladar al ámbito de la calificación registral de una disposición estatutaria una preocupación (la referente a la efectiva remisión de la convocatoria y a su recepción por los socios y, por tanto, a la corrección o no de la convocatoria de la junta en ese caso concreto) que es propia (en su caso) del ámbito judicial (y, más específicamente, de los procedimientos de impugnación de los acuerdos sociales). Que pueda acreditarse la recepción de la convocatoria por sus destinatarios (del

mismo modo que pueda o no acreditarse su efectiva remisión a todos aquellos a quienes deba enviarse de acuerdo con la documentación social) será una circunstancia relevante en caso de que se discuta la validez de los acuerdos adoptados (si se discute). Pero impedir la inscripción de una cláusula estatutaria porque no contenga previsiones sobre la forma de preconstituir esa prueba quizás excede lo que deriva de la ley.

Otras implicaciones de la cuestión se ponen de manifiesto en el caso de que los estatutos se limiten a reproducir la fórmula legal prescribiendo, sin mayores concreciones, que la convocatoria se realizará por cualquier medio de comunicación individual y escrito que asegure su recepción por todos los socios (lo que se ha admitido en alguna ocasión: *cfr.* Res. DGRN de 8 de julio del 2011 [BOE de 10 de agosto]). Dejando al margen las dudas que esta práctica suscita en cuanto a su plena correspondencia con la lógica de la ley, lo cierto es que, en el ámbito registral, su admisión conduce finalmente a sustituir de hecho la comprobación en abstracto de que el sistema de convocatoria previsto en los estatutos se adecua a las previsiones legales por la verificación posterior, con ocasión de la calificación de los acuerdos concretos adoptados, de que una específica convocatoria ha sido realizada efectivamente mediante un procedimiento ajustado a tales previsiones (*vide*, por ejemplo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de enero del 2015 [BOE de 19 de febrero]).

Hasta aquí algunas dudas que suscita la interpretación del artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital que

viene efectuando la doctrina registral. Pero hay un determinado extremo de esa lectura que me provoca especiales reparos. Me refiero al criterio que mantiene la Dirección General en relación con la exigencia de que la comunicación mediante carta certificada con acuse de recibo se realice precisamente a través del operador designado para prestar el servicio postal universal (en la actualidad, la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima: disp. adic. primera de la Ley 43/2010). En efecto, según la Dirección General, no resulta admisible la comunicación realizada por otros operadores postales (resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 2 de enero y de 6 de noviembre del 2019 [BOE de 5 de febrero y de 27 de noviembre, respectivamente]; vide también, ahora en relación con el burofax con acuse de recibo, las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de junio del 2020 [BOE de 3 de agosto] y de 3 de diciembre del 2021 [BOE de 22 de diciembre]). Este criterio encontraría supuestamente apoyo en la circunstancia de que, con arreglo al artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, únicamente el operador postal universal goza de presunción de veracidad y de fehaciencia en la «distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones» (de órganos administrativos y judiciales, aunque también —según las resoluciones señaladas— de las que hayan de surtir efectos

en la esfera notarial y registral). Y esta fehaciencia resultaría necesaria —en opinión de la Dirección General— para que, sin necesidad de pruebas complementarias, la declaración del notificador baste para tener por constatados el rechazo o la imposibilidad de una determinada comunicación.

Pues bien, nótese que, al imponer esta discutible condición, la Dirección General no se limita a requerir que se pueda acreditar la remisión del envío mediante un operador postal y su recepción por el destinatario (recuérdese que los operadores postales distintos del operador postal universal pueden igualmente emitir resguardos acreditativos de la admisión del envío y de su recepción por el destinatario cuando prestan servicios certificados: art. 16.2 Ley 43/2010). Antes bien, eleva el listón de los requerimientos: sólo es admisible un sistema de convocatoria por correspondencia o burofax (siempre con acuse de recibo) cuando entra en juego la presunción de veracidad que la ley atribuye al operador postal universal —pero no a los restantes— en relación con las notificaciones efectuadas (o con las infructuosas o con las rechazadas). No parece suficiente para el centro directivo que, según el mismo artículo 22.4, antes citado, «las notificaciones practicadas por los demás operadores postales surtirán efecto de acuerdo con las normas de derecho común» y que sus manifestaciones tengan el valor probatorio correspondiente.