

Sobre la equivalencia, a efectos de la convocatoria de la junta, entre el burofax (con certificación de contenido y acuse de recibo) y el correo certificado con acuse de recibo

La Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia 108/2024, de 5 de abril) ha considerado que no afecta a la validez de los acuerdos adoptados en la junta general de una sociedad de capital la circunstancia de que la convocatoria se remitiera mediante burofax con acuse de recibo en lugar del procedimiento de comunicación individual previsto en los estatutos (correo certificado con acuse de recibo). En este documento se analiza someramente el significado de este pronunciamiento.

ALBERTO DÍAZ MORENO

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

1. Antecedentes

§ 1. El 28 de mayo del 2020 una sociedad de responsabilidad limitada remitió a uno de sus socios, mediante el servicio de Correos, un burofax que contenía la convocatoria de una junta general (cuya celebración estaba prevista para el 15 de junio de ese año). El burofax no pudo ser entregado en el domicilio del destinatario y fue éste quien, posteriormente (el 29 de junio), recogió la comunicación en la oficina de Correos. Es relevante advertir que los estatutos

sociales establecían que la convocatoria de la junta se haría «remitiendo por correo certificado con acuse de recibo al domicilio designado a este efecto por cada socio, escrito con indicación exacta del nombre de la sociedad, de los asuntos a tratar y del lugar, día y hora de la reunión y de la persona o personas que convoquen la misma».

§ 2. El referido socio destinatario de la convocatoria impugnó los acuerdos adoptados en la junta general finalmente celebrada en

la fecha anunciada. Uno de los motivos alegados para la impugnación fue la existencia de un defecto de forma en la convocatoria, ya que —según ser argumentó— ésta no se remitió por el cauce previsto estatutariamente (correo certificado con acuse de recibo), sino mediante burofax.

§ 3. La demanda fue desestimada por el Juzgado de lo Mercantil. También el recurso de apelación formulado por el actor fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^ª) en su Sentencia 108/2024, de 5 de abril (ECLI:ES:APM:2024:5436).

2. Doctrina de la Sentencia 108/2024

§ 4. La Audiencia Provincial descartó, en una argumentación sucinta, que tuviera relevancia impugnatoria el hecho de que la convocatoria se hubiera remitido por medio de burofax con acuse de recibo en lugar de por correo certificado con acuse de recibo, como exigían los estatutos sociales.

§ 5. Según la Audiencia, la previsión estatutaria no pretendía sino establecer «un régimen de comunicación personal entre el socio y la sociedad, mediante remisión al domicilio del socio por conducto del servicio de Correos y bajo la forma de acreditación con acuse de recibo de [sic] emitido por ese servicio». Al ser éste el espíritu de la norma estatutaria, había que entender que la remisión de la convocatoria efectuada por la compañía cumplió «en todos los sentidos con su esencia y su forma». O, dicho en otros términos: «la comunicación de la convocatoria para junta extraordinaria fue enviada a título personal al domicilio [del socio], precisamente a través del servicio de Correos, para su conducción a esa dirección y certificación del resultado de la comunicación. Ello cumple los

requerimientos esenciales de la previsión [...] de los estatutos sociales».

§ 6. Así pues, debía concluirse que —frente a lo aducido por el apelante— no era posible extraer consecuencias anulatorias «de la simple diferencia» entre el envío por correo certificado y la remisión por burofax «con certificación de texto y acuse de entrega». Y ello, porque se trataba, a criterio de la Audiencia, de «vías absolutamente equivalentes a estos fines, en cuanto a su seguridad y efectos, por lo que su mínima diferencia no puede sostener la pretensión anulatoria que sostiene el recurso».

§ 7. La sentencia reseñada terminó su razonamiento poniendo de manifiesto que la forma de remisión de la convocatoria utilizada por la sociedad se ajustó a los requerimientos establecidos en el artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital para los procedimientos sustitutivos del legal (esto es, se siguió un procedimiento de comunicación individual y escrita que aseguraba la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado a tal fin). En mi opinión, sin embargo, esta observación no constituye un argumento sólido en favor de la tesis de la Audiencia, puesto que la cuestión que se había de resolver no era tanto si el procedimiento de comunicación de hecho empleado reunía las condiciones legales como si se ajustaba a lo previsto en los estatutos sociales.

3. Observaciones acerca de la doctrina de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^ª) 108/2024, de 5 de abril

§ 8. La Audiencia Provincial de Madrid podría haber alcanzado una decisión desestimatoria del recurso de apelación haciendo una interpretación extensiva del término

correo certificado que abarcara no sólo las cartas remitidas por correo postal, sino también los envíos realizados por burofax mediante el servicio de Correos. De esta manera, el problema no se habría planteado en términos de equivalencia o no entre un medio de comunicación (el previsto estatutariamente) y otro (no previsto), sino que se habría reducido a una discusión sobre la

«precisamente a través del servicio de Correos [...] y certificación del resultado de la comunicación», lo que supondría el cumplimiento de «los requerimientos esenciales de la previsión [...] de los Estatutos sociales».

§ 10. Sin embargo, leída con atención, la sentencia reseñada discurre en realidad por otros caminos porque admite que existen diferencias entre el envío de la convocatoria por correo certificado y su remisión por burofax con acuse de entrega, aunque —ciertamente— termina por considerar esta diferencia irrelevante (la tacha de «simple dife-

rencia») por cuanto se trataría de dos «vías absolutamente equivalentes a estos fines, en cuanto a su seguridad y efectos, por lo que su mínima diferencia no puede sostener la pretensión anulatoria que sostiene el recurso».

§ 11. Por ello, conviene —a mi juicio— centrarse en este último enfoque y analizar si, a efectos de la convocatoria de la junta general, cabe sustituir el sistema de comunicación individual previsto en los estatutos por otro que, siendo en rigor distinto, ofrezca la misma «seguridad» y que, por tanto, pueda considerarse *equivalente* en este contexto. La cuestión no es sencilla y, seguramente, no será posible ofrecer para solucionarla una norma aplicable en todo caso, pero quizás sí pueda aspirarse a proponer reglas de principio que sirvan como guía.

§ 12. Es cierto, de un lado, que resulta compartible la idea de evitar interpretaciones excesivamente literales de los estatutos, sobre todo cuando pueden desembocar en la ineficacia de los acuerdos sociales

¿Cualquier diferencia existente entre el sistema de convocatoria utilizado y el previsto estatutariamente tendrá consecuencias anulatorias?

correcta inteligencia de la expresión *correo certificado* utilizada en los estatutos (discusión que —al margen de la valoración que pueda merecer esta solución— podría haber sido resuelta por la Audiencia concluyendo que el término *correo* usado en los estatutos incluía los burofaxes enviados, precisamente, por medio del servicio de Correos).

§ 9. En algún momento llega a parecer que éste fue efectivamente el planteamiento de la Audiencia. Así sucede cuando la sentencia comentada apunta que los estatutos pretendieron establecer un sistema de convocatoria «mediante remisión al domicilio del socio por conducto del servicio de Correos y bajo la forma de acreditación con acuse de recibo de emitido por ese servicio» (lo que, en principio, supondría una lectura amplia de la fórmula *correo certificado*). Lo mismo sucede cuando señala, refiriéndose a la regla estatutaria sobre la forma de la convocatoria, que su envío por burofax cumplió «en todos los sentidos con su esencia y su forma». O cuando afirma que la convocatoria se remitió

adoptados por concurrir defectos en la forma de la convocatoria que, sin embargo, no hayan llegado a afectar realmente al ejercicio de sus derechos por parte de los socios. Es decir, cabe razonablemente preguntarse si no debería considerarse válida la convocatoria de la junta cuando los administradores la hayan efectuado recurriendo a un procedimiento de comunicación individual distinto al previsto en los estatutos, pero que pueda considerarse «equivalente» (esto es, que asegure en la misma medida la recepción del anuncio de convocatoria y, en su caso, que posibilite que quede constancia de aquélla o del intento de entrega al destinatario).

§ 13. Este enfoque no parece, desde luego, desprovisto de lógica. De hecho, en principio parece responder a la plausible idea de que es preciso atender primordialmente a la finalidad de la norma sobre la forma de la convocatoria que se dice conculcada: tutelar los derechos de asistencia, voto e información de los socios. De ahí que sea necesario examinar atentamente los casos en los que la impugnación de los acuerdos adoptados encierra un ejercicio abusivo del propio derecho (señaladamente, porque no ha habido afectación negativa real de las facultades del socio —por ejemplo, porque éste tuvo efectivo conocimiento de la convocatoria, aun por medios distintos a los debidos, y pudo ejercer sin merma sus derechos de asistencia, voto e información—) o a aquellos otros en los que la ineficacia de los acuerdos adoptados resulta una consecuencia abiertamente desproporcionada e inadecuada dadas las circunstancias. Por ello habría que concluir que la infracción de una norma relativa a la forma de la convocatoria sólo debería determinar la invalidez de los acuerdos adoptados en la junta cuando se hubiera dificultado, limitado o impedido el ejercicio de los referidos

derechos políticos. Si esta afectación negativa no se ha producido, una interpretación razonable del sistema legal conduciría a estimar que la infracción no es apta para fundamentar con éxito la impugnación del acuerdo.

§ 14. Ahora bien, en el litigio resuelto por la Sentencia 108/2024, de 5 de abril, el defecto formal tiene una especial significación porque se proyectaba, precisamente, sobre el propio medio de comunicación utilizado. La cuestión, por tanto, estribaba, en realidad, en determinar si la utilización de un medio de comunicación individual distinto al previsto en los estatutos sociales (aun suponiendo a ambos dotados de idénticos niveles de seguridad y certidumbre) constituye o no, por sí misma, una infracción relevante. Téngase en cuenta que la «sustitución» por los administradores de un procedimiento de comunicación por otro supone, en definitiva, que el socio recibirá la convocatoria por un medio que no es el estatutariamente previsto y que, por tanto, no es el que razonablemente debe atender y controlar si quiere estar en condiciones de ejercer los derechos que le corresponden y que se encuentran conectados con la asistencia a la junta. Recuérdese, en efecto, que en nuestro caso el socio convocado no tuvo nunca un efectivo y útil conocimiento de la convocatoria (dado que no recogió el burofax que se le remitió hasta después de celebrada la asamblea).

§ 15. Siempre situándonos en el caso analizado, cabe suponer que un socio interesado en asistir a una junta esperaría (tendría derecho a hacerlo) que esa convocatoria se hiciera por correo postal certificado (según disponían los estatutos sociales). Así, en caso de no estar presente en el domicilio señalado al llegar la carta certificada, podría actuar con la máxima diligencia para

retirar rápidamente la comunicación de las oficinas de Correos y tener la posibilidad de ejercer sus derechos como socio. Pero, de la misma manera, podría perfectamente no prestar atención (o no prestarla de manera inmediata) a otros posibles medios de comunicación en lo que se refiere a la convocatoria de la junta. Por ello mismo podría perfectamente no atender (o no atender con celeridad) avisos relativos a los intentos de entrega de un burofax o de otro tipo de comunicación, lo que podría dificultarle (y, en el límite, impedirle) el adecuado ejercicio de sus derechos. Y, obsérvese: todo ello sin que cupiera considerar su comportamiento como negligente o descuidado en el marco de sus relaciones con la compañía.

§ 16. En términos generales debe recordarse que el respeto a las reglas sobre la forma de la convocatoria enlaza directamente con el derecho del socio a asistir a la junta y a participar en las deliberaciones y votaciones que se desarrollen en su seno. En efecto, los socios tienen derecho a conocer con suficiente antelación que la junta va a celebrarse a fin de poder decidir, con el imprescindible conocimiento de causa, sobre el ejercicio de sus derechos políticos (asistencia, voto, información). Ello supone, entre otras cosas, que los socios tienen derecho a que la correspondiente comunicación se haga por los procedimientos previstos (en la ley o en los estatutos sociales). Como ha indicado en diversas ocasiones la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes, de los Registros y del Notariado), como principio general ha de entenderse que el derecho de asistencia a la junta de los socios ha de ser integrado con el de ser

convocados para ello, y no de cualquier forma, sino a través de la específicamente prevista a tal fin, en tanto en cuanto será la única mediante la que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención, sin que sea competencia del órgano de administración modificarla. En suma: el socio tiene derecho a conocer la forma concreta en que ha de ser convocado y a ser convocado precisamente en esa forma¹. En este sentido debe recordarse, además, que, si bien la ley considera que no procede la impugnación de acuerdos sociales por la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos en los estatutos, excepciona de esta inimpugnabilidad los supuestos de infracción de la forma de la convocatoria. En estos casos la ley asume que la infracción tendrá, al menos en el supuesto general, carácter relevante.

§ 17. Si se me permite la licencia, y por utilizar los términos acuñados en la práctica de los créditos documentarios, la Audiencia habría optado por una regla de *substantial compliance* al examinar si el procedimiento de comunicación seguido se corresponde con el estatutario (que es, no lo olvidemos, producto de la voluntad de los socios). Es decir, bastaría que, materialmente, el procedimiento utilizado *de facto* para remitir la convocatoria presentara características que permitieran satisfacer los intereses y expectativas de los socios del mismo modo que el previsto estatutariamente (de manera que fuera un procedimiento «equivalente»). Sin embargo, quizás ofrecería más certidumbre seguir un principio de *strict compliance* que, parafraseando la conocida fórmula jurisprudencial anglosajona

¹ Entre otras muchas, véanse las resoluciones de 2 y 9 de enero del 2019 (BOE de 5 de febrero), de 28 de febrero del 2019 (BOE núm. 73, de 26 de marzo), y de 2, 3 y 4 de octubre del 2019 (BOE núm. 274, de 14 de noviembre).

(Equitable Trust Company of New York v. Dawson & Partners [1927]), supondría que «there is no room for notices of general meetings which are almost the same, or which will do just as well». Pues bien, a mi juicio, seguir un criterio estricto en cuanto a la forma de la convocatoria puede ofrecer mayor seguridad y predictibilidad que preferir un criterio más amplio, basado en la «equivalencia» (siempre sujeta a apreciación) de los procedimientos de comunicación. Esto segundo podría terminar por abrir un amplio campo a la incertidumbre y ofrecería a los administradores cierta capacidad de maniobra (que no parece en exceso deseable) en cuanto a la forma de efectuar el preceptivo llamamiento a los socios para acudir a la reunión.

§ 18. Por supuesto, este criterio estricto (de compartirse) encontraría aplicación en los casos en los que el socio no hubiera tenido efectivo y tempestivo conocimiento de la convocatoria. Viene a suponer, en suma, que no se le podrá imputar negligencia o mala fe al socio que no tuvo conocimiento real en tiempo oportuno de la correspondiente comunicación por habersele remitido ésta por un medio no previsto estatutariamente (de tal modo que no resultaba razonable esperar que pudiera llegar por tal medio). Recuérdese, en sentido contrario, que, por lo general, habrá 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)².

§ 19. Pero no necesariamente será aplicable un criterio de exigencia de estricto respeto a la forma de convocatoria estatutaria cuando pueda acreditarse que el socio tuvo de hecho conocimiento del anuncio con el plazo de antelación necesario y que no se vio dificultado el ejercicio de sus derechos (por ejemplo, el de información). En efecto, en hipótesis de este tipo podrá llegarse a negar la impugnabilidad de los acuerdos (a pesar de no haberse cumplido escrupulosamente las previsiones estatutarias) acudiendo a los principios generales, como la prohibición del abuso del derecho, la exigencia de que los derechos sean ejercidos de acuerdo con la buena fe y la necesidad de que la reacción del ordenamiento jurídico ante las infracciones sea proporcionada y adecuada a los fines de las reglas infringidas.

§ 20. De la misma forma, un criterio como el apuntado no debería desembocar en la aplicación de una regla desmesuradamente estricta (*mirror image rule*) que lleve a considerar ineficaces los acuerdos sociales simplemente porque pueda apreciarse alguna diferencia insignificante o intrascendente entre el procedimiento utilizado y la descripción del sistema de convocatoria contenida en los estatutos sociales. Sucede, sin embargo, que resulta dudoso —a mi juicio— que en el caso resuelto por la sentencia reseñada las diferencias entre el medio empleado (burofax) y el previsto en los estatutos (correo certificado) puedan ser calificadas de *mínimas* (como entendió la Audiencia) y, por ello, consideradas intrascendentes a efectos anulatorios.

² Vide la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 391/2004, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:2004:3504), y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) de 11 de febrero del 2004 (ECLI:ES:APB:2004:1668).