

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR010154

RESOLUCIÓN de 20 de marzo de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora mercantil de Madrid XX, por la que se suspende la inscripción de determinados acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad.

(BOE de 23 de julio de 2020)

SUMARIO:**Registro Mercantil. Convocatoria de Junta general y ampliación del orden del día no ajustadas a lo establecido en los Estatutos sociales.**

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, de suerte que la forma que para la convocatoria hayan establecido los Estatutos ha de prevalecer y resultará de necesaria observancia cualquiera que la haga, incluida por tanto la convocatoria judicial o registral. El **derecho de asistencia** a la Junta general que a los socios reconoce la Ley de Sociedades de Capital 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 cuanto será la única a través de la que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención. Con tales requisitos se pretende garantizar al socio una publicidad que le permita conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexionar detenidamente sobre el sentido del voto por emitir.

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. **Este carácter normativo de los Estatutos y su imperatividad** ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas ocasiones.

Pueden conservarse acuerdos adoptados aun cuando existan defectos no sustanciales en la convocatoria o adopción en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, facilitando la fluidez del tráfico jurídico y evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios que no proporcionen garantías adicionales. La falta de acreditación de la convocatoria de la Junta general conforme a Estatutos a uno de los socios hace imposible la aplicación de esta doctrina por la evidente lesión de los derechos individuales del socio que aquella falta comporta. Cuestión distinta es que, atendiendo a las circunstancias, pudiera entenderse que existiera abuso de derecho en las actuaciones de alguno los interesados, pero se trata de una cuestión ajena al estrecho marco del procedimiento registral y su valoración corresponde a los tribunales en el procedimiento judicial correspondiente.

PRECEPTOS:

Código de Comercio de 1885, arts. 18 y 20.

Ley Hipotecaria de 1946, art. 326.

RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 93, 163, 164 y 172.

En el recurso interpuesto por don M.M.R.C., en representación de la sociedad «Tembleque, S.A.», contra la calificación de la Registradora Mercantil de Madrid número XX, doña María Concepción Rodríguez Gil, por la que se suspende la inscripción de determinados acuerdos adoptados por la Junta general de dicha sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid don José Usera Cano, el 29 de julio de 2019, bajo el número 1229 de protocolo, se elevaron a público determinados acuerdos sociales adoptados el 26 de julio de 2019 por la Junta general de la sociedad «Tembleque, S.A.».

Presentada el 30 de julio de 2019 bajo el número de asiento 921 del diario 2964, número de entrada 1/2019/116328, fue calificada el 9 de agosto de 2019 con la siguiente nota, que no fue impugnada:

«(...) Para la calificación e inscripción es necesario acreditar la presentación del documento para la liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, conforme a lo previsto en el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil.

– Existe una contradicción, que debe aclararse, en cuanto a la Junta general, ya que de la escritura (intervienen y dice y otorga) resulta que es Junta universal, mientras que de la certificación se desprende que es Junta convocada (artículo 58 RRM).

– Si fuera el último caso contemplado en el defecto anterior, falta constancia de la fecha y modo en que se hubiere convocado la Junta, pues son determinaciones que la certificación del acta debe expresar (artículos 97.2.^a y 112. 3 RRM) y circunstancias necesarias –entre otras– para calificarla de conformidad con los Estatutos que consten inscritos (artículos 6, 58.2 y 112.2 RRM; 173 LSC).

– En el “dice y otorga” de la escritura, se dice que se elevan a público acuerdos del Consejo de Administración, los cuales no constan después en la certificación incorporada.

– Falta acreditar la notificación exigida por el artículo 111.1 del Reglamento del Registro Mercantil al Secretario del consejo de administración cesado, anterior titular de la facultad certificante.

– El nombramiento de Administrador único no está previsto en el orden del día de la convocatoria de la Junta según se transcribe, por lo que no puede estimarse adoptado válidamente (artículo 174.1 del texto refundido de la ley de sociedades de capital). En dicho orden del día figura en su punto 2, nombramiento de Consejeros, y en su punto 9, nombramiento de Liquidadores.

– Falta determinar en los Estatutos el número, o el mínimo y máximo al menos, de Administradores solidarios, conforme al artículo 23 e del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Teniendo en cuenta que en la sociedad anónima no es posible prever en los Estatutos como posible órgano de administración más de dos Administradores mancomunados, conforme al artículo 210.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

– Deben modificarse también los artículos 8, 12, 14, 17, 19, 21, 22, 24, 26, 27 y 28 de los Estatutos, que en su redacción actualmente inscrita siguen haciendo referencia al anterior órgano de administración, en contradicción con los posibles órganos alternativos ahora previstos (artículo 11.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

– Es errónea la cifra de capital indicada en el artículo 5 tras el aumento de capital por compensación de créditos (artículo 58 RRM).

– Falta la declaración de que la titularidad de las acciones emitidas se ha hecho constar en el Libro-registro de acciones nominativas (artículo 314 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

– Falta incorporar el informe del auditor de cuentas designado por el Registro Mercantil sobre los créditos compensados, como exige el artículo 301.3 y 5 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y 168.3 del Reglamento del Registro Mercantil (...)

II

La referida escritura fue presentada en unión de otra escritura de elevación a público de acuerdo sociales de la mercantil Tembleque, S.A., autorizada por el notario de Madrid don Luis Calatayud Gallego el 15 de octubre de 2019, número de protocolo 1.161, a la que se incorpora nueva documentación, para subsanar los defectos expresados en la calificación de 9 de agosto de 2019. En esta última escritura se incorpora una certificación de los acuerdos sociales expedida por don M. M. R. C., como Secretario del consejo de administración de la sociedad «Tembleque, S.A.», en la que consta lo siguiente:

«Primero.–Que la Junta fue convocada por D. P. M. R. C. y D. M. M. R. C., Presidente y Secretario respectivamente de la sociedad, tal y como consta en el acta de presencia de fecha 23 de mayo de 2019 realizada ante el Notario de Madrid don Francisco Javier Gardeazabal del Río con el número 776 de su protocolo y notificada notarialmente con el orden del día que figura en el acta. Dentro del término que establece el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, D. M. M. R. C. solicitó mediante burofax el 23 de mayo de 2019 a los convocantes de la Junta complemento de la misma con la ampliación del orden del día que se adjunta. Finalmente, mediante email de

fecha 28 de junio de 2019 enviado por el Presidente D. P. M. R. C., se confirma el orden del día que consta en la certificación del acta de la Junta celebrada y que aporfo a este escrito. Debemos advertir que la sociedad consta de tres únicos socios de los cuales dos de ellos convocan mediante acta notarial al otro que se da por convocado.

La Junta se celebra en el lugar y a la hora señalada en la convocatoria con asistencia única de D. M. M. R. C. por ausencia del resto de socios a pesar de que el socio D. M. M. R. C compareció en esta notaría y ha manifestado que no deseaba asistir a la Junta por considerar que no tendría carácter de Junta universal ausentándose incluso con advertencia de que la Junta se iba a celebrar.»

Dichas escrituras fueron objeto de calificación negativa en los siguientes términos:

«Concepción Rodríguez Gil, Registradora Mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, y habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, he resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos (...)

Fundamentos de Derecho (defectos).

(...)

Con la nueva documentación que ha sido incorporada a la Escritura del Notario don José Usera Caro, se subsanan los dos primeros apartados de la calificación registral de 9 de agosto de 2.019 en concreto:

Se aporta carta de autoliquidación del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, ante la Dirección General de Tributos de la Comunidad de Madrid.

Por diligencia del Notario autorizante don José Usera Cano, de 7 de agosto de 2.019, se aclara el error involuntario de que la Junta general de 26 de julio de 2019 de la mercantil Tembleque, S.A., no fue universal, sino Junta ordinaria y extraordinaria de accionistas convocada.

Subsanados estos dos primeros extremos de la calificación registral y aclarado que se trataba de una Junta general ordinaria y extraordinaria, se comprueba que en la nueva escritura presentada no se subsana el defecto relativo a la forma de la convocatoria de la citada Junta general.

La calificación registral decía “si fuese el último caso contemplado en el defecto anterior –que es Junta Convocada–, falta constancia de la fecha y modo en que se hubiera convocado la Junta, pues son determinaciones que la certificación del acta debe expresar (artículos 97.2.a y 112.3 RRM) y circunstancias necesarias –entre otras– para calificarla de conformidad con los Estatutos que consten inscritos (artículos 6, 58.2 y 112.2 del RRM y 173 LSC)”.

De acuerdo al artículo 97.2.º del RRM, debe acreditar “Fecha y modo en que se hubiere efectuado la convocatoria, salvo que se trate de Junta o Asamblea universal. Si se tratara de Junta general o especial de una sociedad anónima, se indicarán el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” y el diario o diarios en que se hubiere publicado el anuncio de convocatoria”, y por el artículo 173 de la LSC, “1. La Junta general 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”.

Los Estatutos de la sociedad en su artículo 14 establecen que la convocatoria se efectuará “... mediante anuncio publicado en el ‘Boletín Oficial del Registro Mercantil’ y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia”.

En la certificación del acta de la Junta general incorporada en la nueva escritura, no se justifican estos extremos de forma de la convocatoria, aludiendo a un acta de presencia ante Notario de fecha 23 de mayo de 2019, fecha de celebración del Consejo de Administración, documento ajeno al sistema de convocatoria y no justificando publicación alguna con el detalle del orden del día de la Junta general.

En la certificación se alude también a una ampliación del orden del día solicitada por burofax con fecha 23 de mayo de 2019, en base al artículo 172 de la LSC, diciendo haber sido aceptada y confirmada la ampliación del orden del día por email enviado por el Presidente, sistema de notificación no recogido en Estatutos. El artículo 172 de la LSC en su apartado 2 dice “ El complemento de la convocatoria deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la Junta. La falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la Junta.

No se aporta justificación alguna de la publicación del complemento de la convocatoria.

La falta de convocatoria con los requisitos exigidos por 173 LSC, y 97.2 del RRM, así como por el artículo 14 de los Estatutos, y la falta de publicación de la ampliación del orden del día, artículo 172.2 LSC, hacen insubsanable el defecto de la convocatoria de la Junta general.

El siguiente defecto de la calificación "Falta acreditar la notificación fehaciente de cese al Secretario del Consejo de Administración saliente, de acuerdo al artículo 111 RRM", tampoco ha sido subsanado.

El artículo 111 del RRM, establece que "La certificación del acuerdo por el que se nombre al titular de un cargo con facultad certificante, cuando haya sido extendida por el nombrado sólo tendrá efecto si se acompañare notificación fehaciente del nombramiento al anterior titular, con cargo inscrito, en el domicilio de este según el Registro. La notificación quedará cumplimentada y se tendrá por hecha en cualquiera de las formas expresadas en el artículo 202 del Reglamento Notarial.

El Registrador no practicará la inscripción de los acuerdos certificados en tanto no transcurran quince días desde la fecha del asiento de presentación".

No se aporta justificación de la notificación fehaciente al interesado, solo aparece suelta en el título una copia simple de acta notaría de fecha 15 de octubre de 2019, aceptando el Notario el requerimiento por correo certificado para notificar el cese al Secretario saliente, pero sin que conste que se haya llevado a cabo, ni se acompaña notificación fehaciente del servicio de Correos.

En cualquier caso, se hace constar de conformidad con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria que el documento aportado no puede considerarse para este Registro (artículo 3 LH "Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los Reglamentos.").

La falta de acreditación de la notificación fehaciente con los requisitos exigidos del artículo 111 del RRM 173 LSC, hacen subsanable el defecto de la notificación al Secretario saliente.

No subsanados estos dos defectos de la calificación registral, no es posible continuar con la calificación del resto de la nueva certificación del acta, Incorporada en la escritura de 15 de octubre de 2019, al faltar la convocatoria y la imposibilidad de certificar del nuevo Secretario al no constar la notificación al saliente, no obstante, continuando con la calificación registral seguimos analizando el contenido de la nueva certificación incorporada a tal efecto.

Se dice que se ha cometido un error material y mecanográfico, al nombrar "un Administrador único, cuando en realidad se quería decir nombramiento de Consejero", el artículo 212 de la Ley Hipotecaria, dice que "Se entenderá que se comete error material cuando sin intención conocida se escriban unas palabras por otras, se omita la expresión de alguna circunstancia formal de los asientos o se equivoquen los nombres propios o las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar por ello el sentido general de la inscripción o asiento de que se trate, ni el de ninguno de sus conceptos."

El nombrar un Administrador único en lugar de nombrar Consejero, acordar modificar los Estatutos para adaptarlos al nuevo órgano de administración, nombrar a su vez dos nuevos Consejeros, así como convocar consejo de administración en el mismo acto, parece que no concuerda mucho con el concepto de error material del artículo 212 de la LH antes citado.

A la vista del contenido de esta segunda Acta, totalmente discordante con la primera, debería convocarse nueva Junta general de accionistas y aclarar en ellos los extremos realmente aprobados.

En lo referente a la calificación respecto a la cifra de la ampliación de capital por compensación de créditos, se da por subsanado el importe, por error material, en este caso totalmente acorde con el 212 de la LH, no obstante, no se inscribe la ampliación de capital al admitir en el acta y posterior escritura que está pendiente el informe del auditor."

Sin perjuicio a proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...)

Madrid, 5 de noviembre de 2019.–La Registradora.»

III

Habiéndose solicitado calificación conforme al cuadro de sustituciones, le correspondió a la Registradora de la Propiedad de Aranjuez, doña María Mercedes Palencia Alacid, quien el 19 de diciembre de 2019 confirmó íntegramente la calificación de la Registradora sustituida.

IV

Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 20 de enero de 2020, don M. M. R. C., en representación de la sociedad «Tembleque, S.A.», interpuso recurso contra la calificación de la Registradora sustituida en el que alega lo siguiente:

«(...) Antecedentes

I. Tembleque, S.A., fue constituida en 1987. La titularidad del capital social de Tembleque, S.A., corresponde a tres únicos socios y hermanos, D. M. D. M. y D. P. M. R. C., con una participación cada uno de ellos del 33,33%.

II. El artículo 14 de los Estatutos sociales de Tembleque, S.A., en su redacción vigente, dada en virtud de escritura de adaptación de Estatutos otorgada el día 29 de junio de 1992 (documento 5, adjunto), ofrece redacción del siguiente tenor:

«Artículo 14. Convocatoria.–Todas las Juntas se convocarán con los requisitos de publicidad y plazo que señala la vigente Ley de Sociedades Anónimas, es decir, mediante anuncio publicado en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, por lo menos quince días antes de la fecha fijada para su celebración. Las segundas convocatorias de las Juntas ordinarias o extraordinarias, podrán hacerse al mismo tiempo que se anuncia la primera; y la Junta podrá celebrarse en el día fijado para la segunda convocatoria, si en la primera no hubo concurrencia suficiente, siempre que entre las dos reuniones anunciadas haya un intervalo mínimo de veinticuatro horas. Cuando la Junta haya de reunirse a instancia de accionistas que representen por lo menos la vigésima parte del capital social, deberá ser convocada para celebrarla dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se hubiera requerido notarialmente al Consejo de Administración para tal convocatoria.»

III. Tembleque, S.A., nunca ha acudido al BORME ni a ningún diario para convocar a sus socios a una Junta de accionistas. Por el contrario, (i) la convocatoria siempre se ha realizado mediante comunicación personal en las 44 juntas de accionistas que se han celebrado desde su constitución y (ii) asimismo, todas las juntas de accionistas, menos la de 27 de julio de 2019 que es objeto de debate, se han celebrado con el carácter de universal.

IV. Con fecha 23 de mayo de 2019, el Consejo de Administración de Tembleque, S.A., debidamente constituido ante Notario, acordó convocar la Junta general de accionistas para el día 25 de Julio de 2019, a las 11 horas, en primera convocatoria, y a la misma hora del siguiente, día 26, en segunda, con determinado orden del día.

Dicho acuerdo del Consejo aprobando la convocatoria de la Junta, consta en un acta notarial de presencia autorizada en ese mismo día 23/0512019, por el Notario de Madrid don Javier Gardeazabal del Rio bajo el número 1.676 de orden de su protocolo.

En dicha acta de presencia el Notario da fe de la presencia física de dos de los tres accionistas de Tembleque, S.A., D. P. y D. M. M. R. C., quienes, en su respectiva condición de Consejero-Presidente (D. P.) y Consejero-Secretario (D. M.), del Consejo de Administración de Tembleque, S.A., aprueban la convocatoria de la Junta, quedando obviamente en ese mismo acto enterados de la convocatoria en su calidad de accionistas al ser ellos mismos los convocantes.

Dicho acta es asimismo remitida por burofax, al tercer socio y también Consejero, D. M. M. R. C., quedando en consecuencia los tres socios enterados de la convocatoria de la Junta por medio fehaciente (se adjunta copia del precitado acta notarial de presencia como documento 6 adjunto),

V. Este recurrente se da por convocado y dentro del plazo legal establecido en el artículo 172 de la LSC solicita complemento de convocatoria que es notificado a los convocantes mediante burofax de fecha 31 de mayo de 2019, ya que la sociedad se encontraba en causa de disolución como consecuencia de las pérdidas habidas habiendo descendido su patrimonio neto por debajo del límite legal y era preciso ampliar capital (documento 7 adjunto).

VI. El día 28 de junio de 2016 los otros dos socios y respectivamente Presidente y Secretario del Consejo de Administración (D. P. y D. M. M. R. C.) comunican por correo electrónico a D. M. que proceden a ampliar el orden del día inicialmente previsto con los puntos solicitados en el complemento de convocatoria enviado por este recurrente (documento 8 adjunto).

VII. El día 25 de julio de 2019 (fecha de primera convocatoria) solo aparece en el domicilio donde se debería celebrar la Junta el que suscribe D. M. y al no comparecer el resto de los socios, no se constituye la Junta por falta de quórum necesario en primera convocatoria.

VIII. Al día siguiente (26 de julio de 2019) y en segunda convocatoria asisten a la hora señalada dos de los socios, M. y M. M. R. C., pero en una actuación incomprensible, el accionista y consejero-secretario del Consejo de Administración de la sociedad, D. M. M. R. C., se ausenta de la Notaria alegando que no es posible celebrarla ante la inasistencia de D. P. M. R. C.

A pesar de que se le advirtió por las personas que estaban presentes en ese momento, que la Junta la había convocado el Consejo de Administración, que los tres socios estaban perfectamente notificados y enterados de la misma y que, por tanto, la misma iba a celebrarse, como no podía ser de otra manera, aun cuando D. M. se ausentara, este, finalmente, prefirió marcharse. Se adjunta como documento 9 adjunto CD-ROM en el que consta la grabación de dichas advertencias y conversaciones entre los presentes,

IX. La Junta se celebró en segunda convocatoria, con la única asistencia del socio D. M., por reunir este más del quórum del 25% requerido para la constitución de la Junta en segunda convocatoria, tal y como consta en la certificación que figura aportada en la escritura de subsanación de defectos de fecha 15 de octubre de 2019.

X. El propio Registro Mercantil en contradicción con la Registradora actuante, considera que la Junta de 26 de julio de 2019 se ha celebrado válidamente y procede al depósito de las cuentas anuales que figuraban en el punto primero del orden del día, según notas de calificación 593/19 de fecha 25 de septiembre de 2019 y 635/19 de fecha 17 de octubre de 2019 (documento 10 y Documento 11 adjuntos),

A estos hechos son de aplicación los siguientes:

Fundamentos de Derecho:

Primero.–Discrepancia que motiva el presente recurso. El motivo principal de discrepancia que provoca el presente recurso se centra, en que el Registro Mercantil de Madrid, que ha calificado como defectuosa la escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados por la Junta general de accionistas de Tembleque, S.A., celebrada el pasado 26 de julio de 2019, considera que la convocatoria de la Junta de accionistas realizada no es válida ya que no se publicó en el BORME, ni en ningún diario, como establece el artículo 14 de los Estatutos sociales de Tembleque, S.A.

Segundo.–Régimen literal estatutario. El primer inciso del artículo 14 de los Estatutos sociales de Tembleque, S.A., en su redacción vigente, dada en virtud de escritura de adaptación de Estatutos otorgada el día 29 de junio de 1992, afirma que

“Todas las Juntas se convocarán con los requisitos de publicidad y plazo que señala la vigente Ley de Sociedades Anónimas, es decir, mediante anuncio publicado en el ‘Boletín Oficial del Registro Mercantil’ y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, por lo menos quince días antes de la fecha fijada para su celebración.”

Tercero.–Régimen legal sobre convocatoria de Junta. El régimen actualmente vigente sobre convocatoria de Junta general en sociedades anónimas se encuentra recogido en el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital, el cual ofrece redacción del siguiente tenor:

“Artículo 173. *Forma de la convocatoria.*

1. La Junta general será convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad si esta hubiera sido errada, 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. En el caso de socios que residan en el extranjero, los Estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones.”

Cuarto.–Práctica habitual seguida por Tembleque, S.A. para convocar sus Juntas. Como se ha descrito en los hechos, Tembleque, S.A., nunca ha acudido al BORME ni a ningún diario para convocar a sus socios a una Junta de Accionistas. Por el contrario, (i) la convocatoria siempre se ha realizado mediante comunicación personal en las 44 juntas de accionistas que se han celebrado desde su constitución y (ii) asimismo, todas las juntas de accionistas, menos la celebrada el 26 de julio de 2019, en segunda convocatoria, que es objeto de debate, se han celebrado con el carácter de universal.

La Junta celebrada el día 26 de julio de 2019 es, por tanto, la primera que no se ha celebrado con carácter universal, sino que ha sido una Junta convocada. Y consta que todos y cada uno de los tres socios se han enterado de la existencia de la convocatoria de forma fehaciente y con la antelación necesaria. Es decir, la convocatoria se hace según la costumbre normal y usual de la sociedad de muchos años mediante notificación personal y en la que todos los socios están conformes en realizar dicha Junta.

Puede afirmarse que los socios han configurado, por vía convencional y consuetudinaria, un pacto sobre convocatoria de Junta mediante notificación personal a los socios que, al ser aceptado y aplicado recurrente y sistemáticamente por todos los socios, puede considerarse que ha adquirido la naturaleza de:

(i) pacto “de organización”, esto es, definitorio del régimen de organización y funcionamiento de la sociedad –y no meramente definitorio de las relaciones entre los socios–,

(ii) pacto oponible a la sociedad (esto es, no meramente eficaz entre los socios) pese a que formalmente no haya sido reflejado en los Estatutos sociales de manera expresa. Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que los pactos acordados, aceptados y aplicados por todos los socios (pactos omnipersonales) son oponibles a la sociedad, con independencia de que su “recipiente formal” no sean los Estatutos sociales,

(iii) Pacto expresamente admitido por el actual artículo 173.2 LSC (“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”) y perfectamente compatible con el artículo 14 de los Estatutos, que contiene una remisión dinámica al régimen legal sobre convocatoria de Junta vigente en cada momento, al afirmar que “Todas las Juntas se convocarán con los requisitos de publicidad y plazo que señala la vigente Ley de Sociedades Anónimas”. Tal y como ha establecido la DGRN en repetidas ocasiones debe entenderse que dicha referencia a la vigente Ley de Sociedades Anónimas, ha de entenderse efectuada a la legislación que en cada momento regule las sociedades anónimas.

La RDGRN de 17 de octubre de 2018 (documento 12 adjunto) contempla un supuesto similar al que nos ocupa. A continuación, transcribimos los particulares que interesan de la referida resolución:

“4. En el presente caso la regulación estatutaria de la forma y plazo de antelación de convocatoria de la Junta general es anterior a las referidas modificaciones legales y, aunque en la escritura calificada se modifica precisamente dicho régimen estatutario, debe ahora examinarse en qué medida quedaron afectados los Estatutos por la sucesión de normas legales desde que los mismos fueron aprobados.

Según el artículo 12 de los Estatutos en su redacción anterior a la modificación que se formaliza en la escritura calificada, «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 quince días antes de la fecha fijada para la celebración de la junta”. Y en el artículo 13 se dispone que “Cuando 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 por la Ley”.

Al no modificar los socios sus Estatutos, se produjo la llamada adaptación legal que supone la derogación de los artículos de los Estatutos contrarios a las normas legales imperativas. Pero esa adaptación legal, dado el carácter normativo y contractual que tienen los Estatutos sociales, debe operar en consonancia con las normas dadas en materia de interpretación de la Ley y de los contratos. A la vista de estas normas para ver si la adaptación legal afecta a la totalidad de la regulación estatutaria sobre convocatoria de la Junta o sólo a la parte que fuera incompatible con la norma legal vigente, ha de tenerse en cuenta que las normas “se interpretarán en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas” (artículo 3.1 del Código Civil), evolución legislativa, espíritu y finalidad que ya ha quedado expresada. Por otra parte, en materia de interpretación contractual, de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil resulta que la intención evidente de los contratantes prevalece sobre las palabras, que para “juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato” y de los artículos 1284 y 1285 resulta que si “alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos –los artículos de los Estatutos objeto de debate– deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto” y que las “cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas en sentido que resulte del conjunto de todas”. De la conjunción de los preceptos examinados resulta claro que, al establecer los socios la regulación de los artículos 12 y 13 de sus Estatutos, lo que quisieron fue sustituir la forma legal de convocar la Junta general (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 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.

Esta conclusión se ajusta al criterio mantenido de forma reiterada por esta Dirección General según el cual 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 exceptúa el supuesto en que la norma estatutaria no sea incompatible con la nueva norma legal o cuando siendo ésta dispositiva el contenido estatutario sea conforme con el ámbito de la disposición (vid. Resoluciones de 9 de febrero de 2012, 11 de febrero de 2013 y 25 de abril de 2016 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 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 sobre la no inclusión en el contrato de algo distinto a lo que los contratantes quisieron establecer, 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.

Debe, por tanto, concluirse en el presente caso que la convocatoria realizada a todos los accionistas (quienes, por lo demás, han asistido en su totalidad) 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”.

Quinto.–Validez de Junta convocada por sistemas distintos de los estatutarios. Pero es que, aun cuando se considerase que no existe pacto alguno oponible a la sociedad consistente en convocatoria de Junta mediante comunicación personal a los socios, la propia DGRN ha admitido convocatorias de Junta mediante sistemas alternativos a los previstos en los Estatutos que aseguran el que todos los socios se den por enterados de la convocatoria de la Junta. Es significativa la RDGRN de 22 de mayo de 2017 (documento 13 adjunto), cuyos particulares más relevantes transcribimos a continuación:

“Como reiteradamente ha afirmado esta Dirección General, la previsión estatutaria sobre la forma de convocatoria de la Junta general debe ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema. El derecho de asistencia a la Junta general que a los socios reconoce el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital 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 cuanto será la única a través de la que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención. Con tales requisitos se pretende garantizar al socio una publicidad que le permita conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexionar detenidamente sobre el sentido del voto por emitir. No obstante, en Resolución de 24 de noviembre de 1999 este centro directivo, con evidente pragmatismo, también ha admitido la inscripción de los acuerdos tomados en una Junta general convocada judicialmente sin observarse la forma de convocatoria fijada estatutariamente, por cuanto, en definitiva, se notificó por el Juzgado al socio no asistente con una eficacia equivalente a la que hubiera tenido el traslado que le hubieran hecho los Administradores por correo certificado, que era el procedimiento previsto en los Estatutos. En tal decisión se puso de relieve la indudable conveniencia del mantenimiento de la validez de los actos jurídicos, en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, así como la necesidad de facilitar la fluidez del tráfico jurídico, evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios, que no proporcionen garantías adicionales (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1987 y las Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993). Y el mismo criterio ha sustentado este Centro Directivo con posterioridad (vid. Resoluciones de 29 de abril de 2000, 26 de febrero de 2004, 16 de abril y 26 de julio de 2005, 24 de enero de 2006 y 28 de febrero de 2014). Conforme a este criterio, en el presente caso, puesto que se ha comunicado la convocatoria al socio mediante correo electrónico y éste ha reconocido paladinamente haberlo recibido con el contenido objeto de comunicación, cabe concluir que se han cumplido las garantías de información que sobre la convocatoria se pretende asegurar por las referidas normas legales y estatutarias, y así lo reconocen tanto los recurrentes como el mismo Registrador, y la misma conclusión puede extenderse a la desconvocatoria de la Junta, sin que pueda oponerse el hecho de que el socio destinatario de dicha comunicación alegue su irregularidad por no haberse realizado mediante correo electrónico firma electrónica sino mediante burofax, cuando es este último medio el utilizado por el mismo socio para solicitar del administrador que requiriera la presencia de notario para levantar acta de la Junta.

Admitida la desconvocatoria en la forma indicada, cabe recordar que, como ha puesto de relieve esta Dirección General, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2004, entre otras de distintos tribunales (vid. Resolución de 28 de julio de 2014), debe entenderse que son nulos los acuerdos adoptados en Junta general que se celebre a pesar de mediar desconvocatoria por parte del órgano competente para llevar a cabo la convocatoria. Ante la falta de expreso tratamiento en la Ley, debe estimarse que el órgano competente para convocar la Junta puede desconvocarla, y que esta decisión forma parte de su haz de facultades”.

Sexto.–Nulidad de la Junta convocada bajo el sistema estatutario en supuestos de abuso de derecho. Por encima de todo lo anterior, tiene una relevancia clave en el caso que nos ocupa la sentencia del Tribunal Supremo 510/2017 de 20 de septiembre de 2017 (documento 14 adjunto), la cual declara nula una Junta general convocada mediante el sistema contemplado en los Estatutos, el cual coincide con el legal previsto en el artículo 173 LSC, esto

es, anuncios en BORME y en un diario, por concurrir abuso de derecho en el socio-administrador convocante, dado que todas las juntas generales celebradas desde la constitución de la sociedad habían sido universales y lo usual era acordar verbalmente su celebración. En esta concreta Junta, el socio-administrador convocante se apartó de lo que hasta entonces había sido la pauta general para convocar las juntas. El Tribunal Supremo considera que concurre abuso de derecho, pues el socio-administrador convocarle no actuó adecuadamente cuando rompió el hábito seguido durante toda la vida de la sociedad, con la clara finalidad de que los socios minoritarios no se enteraran de la convocatoria y no pudieran asistir a la Junta, Junta en la que se acordó por el socio-administrador convocante el cese de la otra administradora solidaria.

Esta sentencia explica que el sistema de anuncios a veces puede utilizarse con el único objetivo de que no se enteren los socios y tomar las decisiones que les convenga a los convocarles,

En este sentido, si, en el caso que nos ocupa, la Junta hubiera sido convocada mediante el sistema literalmente recogido en el artículo 14 de los Estatutos sociales de Tembleque, S.A. (esto es, anuncios en el BORME y en un diario) es seguro que los socios no se hubieran enterado, o al menos este recurrente, conduciendo al supuesto de hecho y al resultado contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo 510 de 20 de septiembre de 2017 reseñada. La convocatoria realizada conforme, exclusivamente, a lo previsto en los Estatutos, hubiera sido, por tanto, una actuación constitutiva de abuso de derecho por parte de los accionistas/consejeros convocantes, tras 44 Juntas convocadas mediante comunicación personal.

Por consiguiente, y más aún a la vista de lo apreciado por dicha sentencia, la convocatoria de la Junta de 26 de julio de 2019, efectuada en los términos en los que se hizo (acuerdo de consejo levantado en acta de presencia ante notario del que inequívocamente han tenido constancia los tres socios) ha sido una convocatoria totalmente garantista de los derechos de los socios, al haberse enterado los tres de manera fehaciente de la existencia de la Junta.

No creemos que se ajusta a derecho y no existe justificación razonable, invalidar la convocatoria por el mero hecho de no haber observado la formalidad de la publicación de anuncios en el BORME y en un diario.

La cuestión se aprecia con mayor claridad realizando la siguiente reflexión: ha quedado sentado que la aplicación exclusiva del sistema de convocatoria que literalmente establece el artículo 14 de los Estatutos hubiera conducido a un resultado escasamente garantista de los derechos de los socios, pudiendo incluso haber dado motivos suficientes para instar la nulidad de la Junta, en base a los argumentos esgrimidos en la precitada sentencia del Tribunal Supremo.

Por consiguiente, aun habiendo publicado anuncios en BORME y un diario, hubiera sido de todas imprescindible el haber asimismo comunicado personalmente la convocatoria a los socios, para no alterar unilateral y sorpresivamente la práctica que se venía siguiendo en las últimas 44 Juntas celebradas desde 1987. En tal caso ¿que hubieran realmente aportado los anuncios en BORME y en un diario, más allá de un coste y una formalidad innecesarios? No resulta justo que la ausencia de dichas publicaciones, que en este caso no añaden nada, habiliten al Registro Mercantil a no inscribir los acuerdos adoptados en una Junta celebrada tras una convocatoria realizada conscientemente por los socios convocantes (D. M. y D. P.) y aceptada y por el socio asistente a la misma (D. M.).

Séptimo.—Finalidad de las normas sobre convocatoria de Junta general que contiene el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital y consideraciones en el presente caso. Como se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo 510/2017 de 20 de septiembre de 2017 reseñada (documento 14 adjunto), “las normas sobre convocatoria de Junta general que contiene el artículo, 173 de la Ley de Sociedades de Capital tienen como finalidad garantizar que los socios tengan conocimiento de la reunión que ha de celebrarse y de los asuntos a tratar, de modo que puedan ejercer sus derechos políticos, estableciendo al mismo tiempo un sistema que no impida en la práctica la efectividad de la convocatoria en aquéllos casos en que la sociedad esté conformada por un gran número de socios que llapa sumamente— difícil una notificación individual que deje constancia a todos y cada uno de ellos.”

En el caso que nos ocupa:

(i) son precisamente los dos accionistas-consejeros-convocantes quienes voluntaria y libremente no asisten a la Junta, los que habían convocado ésta, en palabras del artículo 173 LSC, por un procedimiento de comunicación individual y escrita que aseguró la recepción del anuncio de convocatoria por todos los socios, es más, un procedimiento fehaciente, como es el acta notarial de presencia notificada por burofax al tercer socio;

(ii) es el tercer socio, D. M., quien se da por enterado y asiste a la Junta, adoptando unos acuerdos que estaban comprendidos en el orden del día preparado y aceptado por los socios convocantes y por D. M. como socio convocado;

(iii) el único interés digno de protección por el Registro Mercantil, suspendiendo la inscripción por invalidez de la convocatoria, sería el interés de un socio que no se hubiese enterado de la convocatoria por no haberse seguido el sistema estatutario de convocatoria; pero en este caso, el hecho de que no se haya seguido dicho sistema, no ha dejado desprotegido a ningún socio. Es más, probablemente la utilización del sistema que, pese a apartarse del estatutariamente previsto, ha venido constituyendo el medio habitual de convocatoria (comunicación individual), no ha hecho sino asegurar el conocimiento de la misma por los socios. En definitiva, el pretender en el caso concreto el Registro Mercantil la invalidez de la convocatoria por inobservancia del sistema estatutario, no

protege a ninguno de los socios, sino que les perjudica, al invalidar una Junta de la que todos estaban enterados (decidiendo libremente no asistir los propios accionistas que tomaron la iniciativa de convocar y ejercitando un derecho legítimo –el de asistencia– el único socio asistente) y en la que se adoptaron acuerdos tan relevantes y necesarios para la sociedad como la renovación de los cargos de Consejeros caducados y el aumento de capital para salir de la situación de causa de disolución y evitar así la responsabilidad de Administradores.

Octavo.–Inexigibilidad de que todas las juntas sean universales. No existe duda que no sería aceptable el argumento de que la Junta debiera haber sido universal, pues ello es inadmisibles, al ser la regla de la unanimidad contraria al régimen de funcionamiento de los órganos colegiados. Es decir, no es admisible que D. M. y D. P., constituidos en Consejo, convocaran la Junta general de 26 de julio de 2019 bajo reserva mental o con sujeción a la condición que la Junta se celebrase como universal. Convocaron y el tercer socio (M.) tuvo conocimiento de dicha convocatoria y acudió a la misma con todo su derecho. El hecho de que D. M. finalmente decidiera no asistir a la Junta –alegando que no asistiría su hermano P.– no puede perjudicar al socio D. M., que legítimamente ejerció su derecho a asistir a una Junta válidamente convocada.

Noveno.–Respecto a La falta de acreditar la notificación fehaciente de cese de Secretario del Consejo de Administración saliente. Es incorrecta la apreciación de defecto de falta de notificación fehaciente de cese del Presidente y Secretario de la sociedad ya que, si bien no costaba el remite de la oficina de correos, si se aportaba el acta notarial de 15 de octubre de 2019 del Notario don Luis Calatayud Gallego de notificación de cese. Se aporta dicha escritura con los acuses de correos correspondientes (documento 15 adjunto).

Décimo.–Respecto del error material cometido en la certificación inicial. La calificación que actualmente recurrimos manifiesta que la subsanación practicada por la sociedad en escritura de fecha 15 de octubre de 2019 aportada como documento número 2 respecto del nombramiento de los actuales Administradores, así como la modificación estatutaria, excede de lo que autoriza el artículo 212 de la Ley Hipotecaria respecto de la primera certificación:

Es cierto que la certificación de la Junta que se protocoliza inicialmente adolece de varios errores, que son subsanados en la certificación que se acompaña en la escritura de fecha 15 de octubre de 2019 (documento numero 2 aportado), pero entendemos que son perfectamente subsanables por los siguientes motivos:

1.º Los acuerdos tomados son los que figuran en la certificación de rectificación y subsanación de errores cosa que nadie puede contradecir ya que en la Junta solo estaban presentes las personas que firman la certificación.

2.º En ningún momento en la certificación del acta de la Junta se acuerda modificar los artículos 8, 12, 14, 17, 19, 21, 22, 24, 26, 27, y 28 de los Estatutos sociales que se refieren al sistema de administración de la sociedad.

Si se hubiese tomado la decisión de pasar del sistema de consejo de administración al de administrador único se hubiese acordado, por ser imprescindible, la modificación de estos artículos d los Estatutos sociales y consecuentemente hay razón más que suficiente para apreciar el error material en la transcripción de la certificación,

3.º La rectificación practicada es acorde con el orden del día fijado para la Junta.

Undécimo.–Respecto de la falta de informe de auditoría de la ampliación de capital. Si bien es cierto que no se ha presentado el informe de auditor nombrado por el Registro Mercantil sobre la aprobación del aumento del capital de la sociedad compensación de créditos (artículo 301 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), es debido a que la solicitud de nombramiento de auditor la tiene que efectuar el órgano de administración de la sociedad, cosa que no ha realizado por no tener sus miembros interés alguno en hacerlo, y por ello un defecto claramente subsanable con posterioridad.

Duodécimo.–Conclusiones. Como conclusión, considerarnos que la calificación del Registro Mercantil es errónea al no tener en cuenta varios aspectos esenciales:

1.º Que puede considerarse que, en Tembleque, S.A., existe una norma no plasmada en Estatutos, pero regularmente observada y oponible a la sociedad como norma integrante del régimen societario de funcionamiento de esta, de convocar Junta mediante comunicación personal. Dicha norma, no reflejada formalmente en Estatutos, es perfectamente admisible por el artículo 173 LSC, siendo así que los Estatutos sociales de Tembleque, S.A., contienen una remisión dinámica a la regulación vigente en cada momento sobre convocatoria de Junta en la legislación reguladora de las sociedades anónimas.

2.º Que aunque no se aceptase la existencia de dicha norma, lo cierto es que la DGRN ha admitido convocatorias de juntas por medios diferentes a los previstos en los Estatutos, cuando conste que todos los socios se han dado por enterados de la Junta, cosa que ha ocurrido en el caso de Tembleque, S.A., en el que dos de los socios mediante acta notarial de presencia, han acordado, constituidos en Consejo de Administración, convocar la Junta, quedando en ese acto enterados como accionistas y notificando al otro accionista la convocatoria por burofax, dándose este por convocado y asistiendo a la Junta.

Que la convocatoria a una Junta de accionistas está dirigida única y exclusivamente a que todos sus miembros se enteren de la fecha de la misma y los asuntos a tratar, cosa que se ha cumplido en este caso y de manera inequívoca y fehaciente.

4.º Que la publicación en el BORME y en los anuncios de los diarios es una norma formalista y poco útil en una sociedad como Tembleque, S.A., ya que ni los socios de Tembleque, S.A., ni nadie en general lee ni el BORME ni los anuncios de los diarios y, por lo tanto, no es garantía de que la Convocatoria llegue a conocimiento de los interesados, único objetivo de la misma.

5.º Que la utilización del BORME y los anuncios en los diarios puede ser en algunos casos una argucia o sistema para precisamente, tras una apariencia de legalidad, ocultar a todos los accionistas la celebración de la misma. Si se hubiera seguido exclusivamente este sistema se hubiera incurrido en el supuesto de hecho que el Tribunal Supremo sanciona con nulidad en la sentencia comentada (documento 14). Por tanto, el órgano de administración ha sido diligente convocando mediante comunicación personal.

6.º Que, en este caso concreto, la convocatoria se hace personalmente de forma notarial por dos de los accionistas, que son el Presidente y el Secretario del Consejo de Administración (y que se constituyen en Consejo a tal efecto), al único otro accionista.

7.º Que no tiene nada que ver si asistieron o no a la Junta todos los accionistas ya que precisamente los que no asistieron eran los convocantes, pero la Junta se celebró en el lugar fecha y hora en que fue convocada. Lo cierto es que la Junta se celebró.

8.º Que el Registro Mercantil no puede ir contra sus propios actos declarando inválida una convocatoria de Junta de accionistas mientras que por otro lado considera que la Junta se celebrada válidamente (depósito de cuentas).

9.º Que precisamente las cuentas que fueron aprobadas dejan acreditado que la sociedad está en causa de disolución como consecuencia de las pérdidas en su patrimonio neto, razón por la que en base al artículo 363.e de la Ley de Sociedades de Capital es imprescindible ampliar el capital o disolver la sociedad.

10.º Que sostener la invalidez de la convocatoria e impedir la inscripción de los acuerdos adoptados en la Junta, el Registro provoca inevitablemente la responsabilidad personal y patrimonial de los Administradores en base al artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital por encontrarse la sociedad en causa de disolución. Téngase en cuenta que la ampliación de capital acordada en la Junta eliminaba la causa de disolución.

11.º Igualmente, sostener la invalidez de la convocatoria e impedir la inscripción de los acuerdos adoptados en la Junta, impide la renovación de los cargos de Consejero caducados, al haber transcurrido más de cinco años desde su nombramiento, dejando a la sociedad sin cargos vigentes.

Por todo lo anterior, solicito:

Se tenga por recurrida la nota de calificación a la que el presente recurso se contrae y sea ordenada la íntegra revocación de la calificación de las escrituras reseñadas al principio del presente recurso, efectuada por la Registradora Mercantil de Madrid. Dña. Concepción Rodríguez Gil y confirmada por la Registradora de la Propiedad de Aranjuez. Dña. Mercedes Palencia Alacid, de forma que se considere válida la convocatoria de la Junta General de Socios de Tembleque, S.A., realizada por el Consejo de Administración con fecha 25 de mayo de 2019, ulteriormente complementada según se ha acreditado y celebrada en segunda convocatoria el día 26 de julio de 2019. y se inscriban, al menos, los acuerdos que constan en el punto 1.º y 20 del orden del día de la convocatoria inicial, así como en los puntos 1.º, 2.º, 4.º y 5.º del complemento de convocatoria, a saber:

Convocatoria inicial:

- 1.º Aprobación de las cuentas anuales, aplicación del resultado y censura de la gestión social.
- 2.º Nombramiento de Consejeros.

Complemento de convocatoria:

- 1.º Aprobación del aumento de capital social de la Sociedad por compensación de créditos (artículo 301 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).
- 2.º Ampliación de capital con nuevas aportaciones.
- 4.º Modificación del artículo 5.º de los Estatutos de la sociedad "Capital social".»

V

La Registradora Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General de los Registros y del Notariado, el 12 de febrero de 2020.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 93, 164, 163 y 172 de la Ley de Sociedades de Capital; 326 de la Ley Hipotecaria; Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000 (Sala Tercera) y 5 de marzo de 1987 y las Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993, 24 de noviembre de 1999 y 30 de enero de 2001 (Sala Primera); y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de octubre de 1998, 26 de julio de 2005, 27 de julio de 2006, 22 de mayo de 2008, 5 de febrero de 2009, 8 y 18 de enero y 23 de diciembre de 2010 y 13 de enero de 2011, 8 de febrero, 9 y 13 de marzo, 4 de abril, 8 y 22 de mayo y 29 de noviembre de 2012, 16 de febrero, 21 de junio y 28 de agosto de 2013, 26 de febrero y 5 de marzo de 2014, 1 de abril, 5 y 15 de junio, 7 y 21 de septiembre y 1 de octubre de 2015, 25 de abril y 2 de noviembre de 2016, 22 de mayo, 14 y 21 de julio y 13 de septiembre de 2017, 10 de septiembre y 17 y 31 de octubre de 2018 y 9 y 30 de enero de 2019.

1. Para resolver la cuestión central que se plantea en el presente recurso debe decidirse si es o no fundada la calificación negativa de la Registradora mercantil por la que considera que la forma de convocatoria de la Junta general que ha adoptado los acuerdos formalizados en la escritura calificada (convocatoria que, según se expresa en la certificación de tales acuerdos sociales, se realizó en determinada reunión del consejo de administración que consta en acta notarial que se cita) no se ajusta a lo establecido en el artículo 14 de los Estatutos sociales (anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia). Añade la Registradora que en dicha certificación de acuerdos sociales se alude también a una ampliación del orden del día solicitada con base en el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, que, según se manifiesta, fue aceptada y confirmada mediante correo electrónico enviado por el Presidente, sistema de notificación no recogido en Estatutos y sin que se aporte justificación alguna de la publicación del referido complemento de la convocatoria.

2. Con carácter previo debe recordarse que el artículo 326 de la Ley Hipotecaria establece lo siguiente: «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».

Ha sido reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (vid., por todas resoluciones de 14 de julio de 2017), basada en el contenido del citado precepto legal y en la doctrina del Tribunal Supremo (vid. Sentencia –Sala Tercera– de 22 de mayo de 2000), que el objeto del recurso contra la calificación negativa del Registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. El hecho de que el objeto del recurso contra la calificación negativa del Registrador no sea el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo del citado artículo 326 de la Ley Hipotecaria, debe rechazarse en el recurso cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma (vid., por todas, las Resoluciones de 27 de julio de 2006, 22 de mayo de 2008, 5 de febrero de 2009, 8 y 18 de enero y 23 de diciembre de 2010 y 13 de enero de 2011, 21 de junio y 28 de agosto de 2013 y 7 de septiembre y 1 de octubre de 2015). Y, según la doctrina reiterada del mismo Centro Directivo, el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el Registrador, sin perjuicio de que los interesados puedan volver a presentar los títulos cuya inscripción no se admitió, en unión de los documentos aportados durante la tramitación del recurso, a fin de obtener una nueva calificación (cfr., por todas, las Resoluciones de esta Dirección General de 21 de julio de 2017, 31 de octubre de 2018 y 30 de enero de 2019). Por consiguiente, no han de ser tenidos en cuenta aquellos documentos que acompañen al escrito –según se indica en el informe del Registrador, meras fotocopias–, y no se presentaron al inicio del procedimiento registral que culminó con la calificación que ahora se impugna. Así ocurre en el presente caso, entre otros documentos, con la copia del acta notarial del consejo en que se convocó la Junta general y con la copia simple del acta de notificación al Secretario de consejo saliente de su cese acordado en dicha Junta.

3. Respecto del fondo del recurso, es también doctrina reiterada de este Centro Directivo 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, 25 de abril de 2016, 17 de octubre de 2018 y 9 de enero de 2019, entre otras), de suerte que la forma que para la convocatoria hayan establecido los Estatutos ha de prevalecer y resultará de necesaria observancia cualquiera que la haga, incluida por tanto la convocatoria judicial o registral.

El derecho de asistencia a la Junta general que a los socios reconoce el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital 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 cuanto será la única a través de la que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención. Con tales requisitos se pretende garantizar al socio una publicidad que le permita conocer, con la

suficiente antelación, las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexionar detenidamente sobre el sentido del voto por emitir.

Estas afirmaciones se apoyan en 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. En este sentido se ha dicho que los Estatutos son la «carta magna» o régimen constitucional y de funcionamiento de la sociedad (vid. Resolución de 16 de febrero de 2013).

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).

En el presente caso es indudable que no se acredita que tanto la convocatoria de la Junta general con el correspondiente orden del día como el complemento de dicha convocatoria se haya realizado con observancia de los requisitos estatutarios (anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia).

No cabe acoger las alegaciones del recurrente sobre el criterio adoptado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de octubre de 2018, pues se refiere a un supuesto claramente diferente al del presente recurso, toda vez que se entendió que, al permitir los Estatutos que el órgano de administración pudiera, en los casos permitidos por la Ley, suplir las publicaciones establecidas legalmente por una comunicación escrita a cada accionista o interesado, debía interpretarse que, después de las modificaciones legales a las que no se habían adaptado tales Estatutos, los Estatutos disponían que la convocatoria se debía realizar por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegurara la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio correspondiente.

Tampoco es posible la aplicación de la doctrina relativa a la conservación de actos societarios aquejados de defectos formales no relevantes. Este Centro Directivo en su Resolución de 26 de julio de 2005, con apoyo de doctrina anterior (la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1987 y las Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993 y 24 de noviembre de 1999), tiene declarado que pueden conservarse aquellos acuerdos adoptados aun cuando existan defectos no sustanciales en la convocatoria o adopción en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, facilitando la fluidez del tráfico jurídico y evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios que no proporcionen garantías adicionales (vid. igualmente, Resoluciones de 8 de febrero y 29 de noviembre de 2012 y 26 de febrero de 2014). La falta de acreditación de la convocatoria de la Junta general conforme a Estatutos a uno de los tres socios –que, además manifiesta su oposición a que se celebre la Junta con carácter de Junta universal– hace imposible la aplicación de esta doctrina por la evidente lesión de los derechos individuales del socio que aquella falta comporta. Cuestión distinta es que, atendiendo a las circunstancias, pudiera entenderse que existiera abuso de derecho en las actuaciones de alguno los interesados, pero se trata de una cuestión ajena al estrecho marco del procedimiento registral y su valoración corresponde a los tribunales en el procedimiento judicial correspondiente.

4. Finalmente, en relación con la alegación del recurrente sobre la supuesta incongruencia entre la calificación ahora recurrida y otra anterior emitida por otro Registrador mercantil que ha desembocado en la práctica del depósito de cuentas, debe recordarse que el Registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función (cfr., por todas, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 y 13 de marzo, 4 de abril y 8 y 22 de mayo de 2012, 5 de marzo de 2014, 1 de abril, 5 de junio y 7 de septiembre de 2015, 2 de noviembre de 2016, 13 de septiembre de 2017 y 10 de septiembre de 2018).

5. Por las consideraciones anteriores debe concluirse en la revocación del defecto invocado por la Registradora respecto de la convocatoria de la Junta general, lo que hace superfluo entrar en las restantes cuestiones a que se refiere el recurrente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación recurrida.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de marzo de 2020. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.