

b) La aceptación del encargo por el Auditor, resultará siempre acreditada por el hecho de haber quedado incorporado su informe a la escritura. 3.º Que no es obstáculo a la tesis mantenida lo establecido en el artículo 327.4 del Reglamento del Registro Mercantil, pues sólo afecta al nombramiento de Auditor hecho por el Registrador Mercantil, bien a solicitud del interesado, o bien a solicitud del administrador (apartado 4 del citado artículo). Este apartado contempla dos supuestos: a) En el primero de ellos se consideran aplicables las normas sobre aceptación, inscripción y plazo, dictadas para el Auditor nombrado por el Registrador Mercantil, a fin de que determine el valor real de las acciones, al caso de Auditor, igualmente nombrado por el Registrador Mercantil, para que determine el importe a abonar por el nudo propietario al usufructuario en concepto de aumento de valor de las participaciones sociales usufructuadas; b) El segundo supuesto extiende la aplicabilidad de aquellas mismas reglas a la hipótesis en que el nombramiento de Auditor se haga a petición de los administradores, para la verificación prevista en los artículos 156 y 157 de la Ley de Sociedades Anónimas. Si en este segundo supuesto el legislador se hubiera querido referir al nombramiento de Auditor a petición de los administradores, hecho por la Junta General, así lo hubiera establecido expresamente. Que la tesis que se mantiene está corroborada por la Resolución de 26 de junio de 1992; pues como en el caso que en la misma se debatía el Auditor no había sido nombrado en Junta General, se precisaba que su nombramiento fuera hecho por el Registrador Mercantil, para cuyo supuesto está dictada la norma del artículo 327.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 157 y 204 de la Ley de Sociedades Anónimas, 141, 153, 154 y 327.4 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio y 15 de julio de 1992 y 8 de octubre de 1993.

1. En Junta General Extraordinaria y Universal celebrada el 1 de junio de 1994, de una sociedad anónima, se designó un Auditor de cuentas «para proceder a verificar el Balance de la sociedad que servirá de base al aumento de capital social con cargo a reservas, que se pretende realizar en breve...». Con posterioridad, también por Junta General Extraordinaria y Universal, celebrada el 30 de junio de 1994, se acordó el aumento de capital de la sociedad con cargo a las reservas voluntarias. En el intermedio, el 14 de junio de 1994, la entidad encargada de la Auditoría, entregó informe relativo al Balance de situación de la sociedad.

Presentada la escritura de elevación a público de los anteriores acuerdos sociales, fue objeto de la siguientes calificación denegatoria por los siguientes defectos: No consta el plazo de nombramiento del Auditor ni su aceptación (artículo 204, Ley de Sociedades Anónimas, 154 y 141, Reglamento del Registro Mercantil). No consta la aprobación del balance de 1 de junio de 1994 que sirve de base a la operación. Posteriormente, se presentaron los documentos subsanatorios, procediéndose a la inscripción. El 27 de abril se presenta el escrito del recurso a efectos puramente doctrinales, contra el primero de los defectos de la nota de calificación.

2. La cuestión se concreta en dilucidar si la Junta General de una sociedad anónima, que carece de Auditor de cuentas, por no estar obligada a verificación contable, puede designar un Auditor, sin señalar el plazo de duración para el mismo y para el acto concreto del aumento de capital con cargo a reservas, y sin que conste expresamente su aceptación.

Hay que tener en cuenta que la cuestión planteada en este recurso a efectos doctrinales, lo es al amparo del derogado Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, y teniendo en cuenta la doctrina de este centro directivo en el sentido de que «... en la hipótesis de ampliación de capital con cargo a reservas, en la necesidad de adecuada justificación de la efectiva existencia en el patrimonio social de esos beneficios no distribuidos y disponibles para el aumento, justificación que según el legislador deberá consistir en un balance debidamente verificado por los Auditores de cuentas de la sociedad o por un Auditor, a petición de los administradores, y aprobado con una determinada antelación máxima. Resulta por tanto necesario acreditar, a través de la verificación del balance por el Auditor, que el valor del patrimonio neto contable excederá de la cifra de capital social y de la reserva legal hasta entonces constituida en una cantidad, a menos igual, al importe de la ampliación... Estas razones abonan y aconsejan, en el supuesto contemplado de ampliación con cargo a reservas, una solución del tenor de la ofrecida por la norma reglamentaria, es decir, la exigencia forzosa de un Auditor designado externamente por alguien ajeno a los administradores (Junta general o Registrador Mercantil) con el fin de constituir una garantía adicional de socios y terceros. Así pues, el artículo 327.4 del Reglamento del Registro Mercantil, además de efectuar una inter-

pretación «secundum legem» de la ley, lo hace en forma congruente con los fines perseguidos por ésta al decir que si el balance no es verificado por los propios Auditores de cuentas de la sociedad, debe serlo por el Auditor nombrado por el Registrador Mercantil...».

En el presente supuesto, la sociedad, no tenía nombrado Auditor de cuentas, por no estar obligada legalmente a la verificación contable, aunque tampoco lo había nombrado voluntariamente. La única posibilidad, de que el Auditor nombrado por la Junta pueda verificar el balance, al que hace referencia el artículo 157 de la Ley de Sociedades Anónimas, en los supuestos de aumento de capital con cargo a reservas, es que se trate del Auditor de cuentas de la sociedad, bien porque ésta esté obligada a la verificación contable, o bien porque voluntariamente lo haya designado, y en estos casos por aplicación de los artículos 141, 153 y 154 del Reglamento del Registro Mercantil, y 204 de la Ley de Sociedades Anónimas, es necesario que se especifique el plazo de duración del nombramiento, así como que conste expresamente la aceptación del Auditor nombrado. Fuera de estos casos, el nombramiento para el supuesto del artículo 157 de la Ley de Sociedades Anónimas, deberá realizarlo el Registrador Mercantil.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto a efectos doctrinales.

Madrid, 7 de diciembre de 1999.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Registrador Mercantil de Madrid número XIII.

3885

RESOLUCIÓN de 27 de enero de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José Javier Giménez Sala, en nombre de «Lens Maging, Sociedad Limitada», contra la negativa de la Registradora Mercantil accidental número 2 de Valencia, doña María Dolores Payá Roca de Togores, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

En el recurso gubernativo interpuesto por don José Javier Giménez Sala, en nombre de «Lens Maging, Sociedad Limitada», contra la negativa de la Registradora Mercantil accidental número 2 de Valencia, doña María Dolores Payá Roca de Togores, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

Hechos

I

Se presenta en el Registro Mercantil de Valencia escritura de elevación a público de acuerdos de la entidad «Lens Maging, Sociedad Limitada», y entre ellos el de ampliar el objeto social, autorizada el 6 de mayo de 1997 por el Notario de Alzira don Ricardo Taberner Capella.

II

El día 26 de agosto de 1997, mediante nota extendida al pie de la escritura, la Registradora Mercantil accidental número 2 de Valencia, doña María Dolores Payá Roca de Togores expresa que ha denegado la inscripción de la ampliación del objeto social por adolecer de los defectos que indica en dicha nota.

III

El día 2 de octubre de 1997, don José Javier Giménez Sala, en nombre y representación de la referida sociedad, interpuso recurso de reforma contra la nota de calificación, en el que expresa los argumentos en los que fundamenta su pretensión.

IV

El día 7 de octubre de 1997, la Registradora Mercantil número 2 de Valencia, doña Laura María de la Cruz Cano Zamorano, decide la inadmisión del recurso sin entrar en el fondo de las cuestiones planteadas, por no haberse aportado, original o debidamente testimoniado, el documento calificado por la Registradora —artículo 69.2 del Reglamento del Registro Mercantil— (se acompaña al escrito de interposición del recurso únicamente fotocopia de tal documento), exigencia que considera mayor

en este caso concreto en que la decisión es adoptada por un funcionario distinto al que realizó la calificación, y sin que Registrador tenga concedida, entre sus funciones, la de realizar tal adveración de fotocopias por ser una actividad típicamente notarial, máxime por no haber sido entregado el original al realizar la presentación de dicho recurso.

V

El 14 de octubre de 1997, se presentó contra la nota de calificación un nuevo escrito de interposición del recurso de contenido idéntico al anterior, acompañado de testimonio notarial del documento calificado.

VI

El 25 de octubre de 1997, la Registradora Mercantil decide la inadmisión del recurso con base en las siguientes consideraciones: 1.º El respeto de dos principios: El del carácter de orden público que tienen las normas del procedimiento registral (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 y 4 de diciembre de 1986); y el principio «non bis in idem». Por ello, frente a la decisión de la Registradora de inadmitir el recurso cabían tres actitudes por parte del recurrente: a) Desistir del recurso interpuesto, conforme al artículo 75 del Reglamento del Registro Mercantil; b) Recurrir en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme al artículo 71 de dicho Reglamento; y c) Subsanan los defectos señalados en la nota de calificación; 2.º El recurrente no utiliza ninguna de tales posibilidades legales, sino que opta por la vía de presentar un nuevo escrito cambiándole la fecha como si se tratase de un nuevo recurso, lo cual es inadmisibles por las siguientes razones: a) Porque el recurso anterior se encuentra totalmente en vigor y es susceptible de la alzada ante la Dirección General, conforme al artículo 71 del Reglamento del Registro Mercantil; b) Porque, como consecuencia de la interposición del recurso, se extendió al margen del asiento de presentación la nota prevenida en el artículo 66 del Reglamento y con la presentación del nuevo habría de extenderse nuevamente tal nota, con la consiguiente incongruencia que supondría la extensión de la vigencia del mismo a dos fechas diferentes; c) Porque de admitirse la subsistencia y tramitación de ambos recursos, y no presentándose la alzada en el término prevenido en el artículo 71 respecto del primero, se daría la situación absurda de que transcurrido tal plazo la Registradora debería cancelar el asiento de presentación con lo que éste estaría cancelado y vigente al mismo tiempo; d) Porque la tramitación de ambos recursos podría dar lugar a diferentes Resoluciones a pesar de que se trata de un único documento y una sola calificación, con contravención del principio antes expresado; e) Porque de admitirse tan anómala situación, el asiento de presentación podría durar eternamente, bastando para ello no recurrir en alzada y seguir presentando periódicamente nuevos escritos de interposición del recurso; y f) Porque como consecuencia, el plazo de caducidad para la interposición de la alzada subsistiría indefinidamente a voluntad del recurrente, mediante la presentación de los nuevos escritos de interposición amparados en la suspensión de la vigencia del asiento de presentación contra el artículo 71 del Reglamento.

VII

Mediante escrito de 7 de noviembre de 1997, don José Javier Giménez Sala, en nombre de la sociedad referida, interpuso recurso de alzada contra la decisión de la Registradora Mercantil de 7 de octubre de 1997, en el cual, y antes de entrar en el fondo de las cuestiones relativas a los defectos expresados en la nota, manifiesta lo siguiente: 1.º Que personado en el Registro Mercantil para presentar el pertinente recurso de reforma se acompañó el original del documento calificado y una fotocopia del mismo a fin de que fuese cotejada con el original, habida cuenta que el recurrente necesitaba dicho original para otros usos, cotejo al que se negaron en dicho Registro; 2.º Que solicitó en el Registro que le indicaran si presentado el recurso con la fotocopia sin testimoniar era lo correcto para que el recurso pudiera ser admitido sin sufrir dilaciones; y la empleada que le atendió, consultando con la señora Registradora, manifestó que no podía indicarle nada y que presentara lo que quisiera y ya resolverían; y 3.º Que habiéndose presentado posteriormente en el Registro el documento original debidamente testimoniado, ha de entenderse subsanado el defecto formal y así se ha pronunciado este centro directivo en varias resoluciones, entre ellas, las de 17 de abril y 26 de julio de 1996 —sic—.

VIII

La Registradora Mercantil elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito en el que reconoce que el recurso fue inicialmente presentado con el documento original y fotocopia del mismo con la pretensión de que la Registradora realizase la adveración de la fotocopia, por lo que «se le comunicó que la Registradora carecía de competencia para tal acto, por ser una actividad notarial tal como exige el artículo 69 del Reglamento del Registro Mercantil, y que la decisión de presentar el documento original o la fotocopia era exclusivamente propia del presentante».

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 69.2, 76.1 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil; 108 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de 9 de marzo de 1942, 22 de junio y 13, 14 y 15 de octubre de 1992, 22 de febrero y 7 de diciembre de 1993, 13 de junio de 1994, 24 de febrero de 1995 y 29 de marzo y 29 de junio de 1999.

1. En el presente supuesto, ante la inadmisión por la Registradora Mercantil del escrito de reforma interpuesto por el administrador único de la sociedad que eleva a público determinados acuerdos sociales, por no haberse aportado, original o debidamente testimoniado, el documento calificado por la Registradora —se acompaña únicamente fotocopia de tal documento—, es presentado nuevamente, con testimonio notarial del título, escrito de interposición del recurso de reforma, con el mismo contenido que el anterior, el cual fue inadmitido de nuevo por la Registradora, al considerar ésta que no es posible por subsistir la facultad de interponer recurso contra la primera decisión.

2. Aun cuando el Reglamento del Registro Mercantil no ha previsto de forma expresa la posibilidad de que el Registrador rechace el recurso gubernativo sin entrar a examinar el fondo de la cuestión planteada, tanto la exigencia de una determinada legitimación para interponerlo, como el establecimiento de plazos y requisitos formales para ello han de llevar a la conclusión de que su presencia es lo primero que ha de comprobar. Y la propia revisabilidad de las decisiones de los Registradores en cuanto rechacen las pretensiones de los interesados justifica la vía de la alzada ante esta Dirección General también frente a aquellas que declaren la inadmisión del recurso, pese a no estar previsto en el artículo 71 del mencionado Reglamento (v. Resoluciones de 3 de diciembre de 1993, 24 de febrero de 1995 y 29 de marzo y 29 de junio de 1999).

Es cierto que, respecto de los requisitos formales, según la doctrina reiterada de este centro directivo, el mismo artículo 69.2 del Reglamento del Registro Mercantil exige que se acompañen al escrito por el que se interponga el recurso «originales o debidamente testimoniados los documentos calificados por el Registrador». Es una exigencia lógica si se tiene en cuenta que el recurso gubernativo, en esa primera fase, pretende obtener del Registrador una reforma de su calificación a la vista de los argumentos del recurrente, para lo que resulta evidente la necesidad de volver a examinar los documentos que dieron lugar a ella, sean los mismos u otros que garanticen la identidad de su contenido. Por otra parte, estas, entre otras, singularidades del procedimiento registral que, «prima facie» pudieran suponer una merma de garantías para el interesado frente a las que generalmente brindan las normas procesales o administrativas comunes cuando establecen mecanismos para advertir de la existencia de defectos formales y breves plazos para su subsanación, aparecen ampliamente compensados por el principio que rige en aquel procedimiento de que la inadmisibilidad del recurso interpuesto por adolecer de defectos formales, no impide una nueva presentación del título para someterlo a nueva calificación y, ante ésta, sea igual o distinta de la anterior, interponer el oportuno recurso (cfr. artículo 108 del Reglamento Hipotecario, por remisión del artículo 80 del Reglamento del Registro Mercantil).

No obstante, si se tiene en cuenta que el recurso gubernativo se caracteriza por la sencillez en su tramitación y la no aplicación de principios formalistas, es indudable, en el presente caso, por economía de procedimiento, la procedencia de la pretensión solicitada, en cuanto no es posible admitir el evidente perjuicio que la actitud denegatoria de la Registradora implicaría para el recurrente como usuario del servicio registral.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la decisión de la Registradora de inadmisión del recurso de reforma interpuesto por el administrador único de la sociedad «Lens Maging, Sociedad Limitada», debiendo dictar decisión sobre si reforma o no la calificación recurrida y notificar aquélla al recurrente, todo ello en los plazos reglamentarios.

Madrid, 27 de enero de 2000.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Sr. Registrador Mercantil de Valencia número II.