

sobre la identidad del Consejero afecto. Ni siquiera puede entenderse el cargo prorrogado «ministerio legis» por aplicación del actual artículo 145.1 del Reglamento del Registro Mercantil: Ha transcurrido sobradamente el término de celebración de la Junta ordinaria (30 de junio de 1990). Que, como la condición del Consejero delegado exige inexcusablemente la de Consejero, es imposible saber si el poderdante está legitimado y tiene facultades bastantes, toda vez que a efectos de cumplimiento del tracto sucesivo (artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil) no constar al Registrador los datos bastantes para entender el cargo vigente.

V

El Notario recurrente se alzó contra la anterior resolución, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que la renovación parcial de los órganos colegiados ha desaparecido de todos los órganos colegiados de entes de interés público, por lo que no tiene lógica alguna mantenerlo para entes públicos que gestionan intereses meramente particulares, como es el caso de las Sociedades Anónimas. Que es contradictoria la interpretación que el señor Registrador hace del artículo 4.º de los Estatutos sociales, y es contraria a la conveniencia social de evitar la parálisis societaria y garantizar la continuidad de la gestión, mucho más contraria, que la exigencia, hoy caducada, de renovación parcial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 138 y 139 de la Ley de Sociedades Anónimas; 11 y 145 del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974 y 12 de febrero de 1988, y las resoluciones de 24 de junio de 1968, 30 de mayo de 1974 y 25 de abril de 1991 (esta sobre nombramiento de Auditores de cuentas).

1. Se cuestiona en este recurso si es o no inscribible un poder general otorgado por un Consejero delegado a pesar de que no se ha efectuado la renovación parcial del Consejo prevista en los Estatutos.

Según se expresa en la nota de calificación, al no constar la mencionada renovación parcial del Consejo se halla parcialmente caducado con arreglo al artículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil «pudiendo afectar dicha caducidad al Consejero delegado que actúa».

2. La finalidad de la exigencia de renovación parcial del Consejo de Administración es la de asegurar la continuidad en la gestión social y, fundamentalmente, el funcionamiento continuado del órgano colectivo de Administración y representación, funcionamiento que se vería comprometido por el cese simultáneo de todos sus miembros (y así se interpretó por el Tribunal Supremo, cfr. la sentencia de 12 de febrero de 1988, y por la doctrina, la obligación de renovación parcial del Consejo que exigía el artículo 73.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951).

3. La norma del artículo 145.1 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, que tiene como presupuesto el carácter temporal del cargo de Administrador, contempla la caducidad por vencimiento de plazo del nombramiento de Administradores hecho por años; mientras que la obligación de que la renovación del Consejo sea parcial, que afecta no a los Administradores individualmente considerados sino al órgano de administración como tal, no constituye una consecuencia ineluctable de la temporalidad del cargo, por lo que en el presente caso, en tanto no expire el plazo de cinco años por el cual fue nombrado el Consejero delegado, no cabe aplicar la mencionada norma reglamentaria, por mucho que haya vencido el plazo de cuatro años previsto para la renovación parcial del Consejo y haya transcurrido el término legal para la celebración de la Junta general ordinaria sin que se haya acreditado la realización del sorteo establecido en los Estatutos como sistema de renovación (todo ello sin mengua de la responsabilidad en que pudieran incurrir los administradores por incumplimiento de la obligación de proceder a la convocatoria de la Junta, para la renovación impuesta por los Estatutos, cfr. artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas).

4. La solución contraria, pretendida por el Registrador, se muestra, además incompatible con el principio de estabilidad y continuidad del órgano de administración, pues resultaría que una previsión estatutaria dirigida a evitar las perniciosas consecuencias del cese simultáneo de todos los miembros del Consejo tendría como efecto la anticipación de tales consecuencias, que de ese modo se desencadenarían en el momento en que tendría que haberse procedido a la renovación parcial (ya que en los casos en que falte la renovación de la mitad de los miembros del Consejo no podrá quedar este órgano válidamente constituido, cfr. artículo 139 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación respecto del primer defecto en ella expresado, que es el único que ha sido objeto de impugnación.

Madrid, 23 de junio de 1992.-El Director general, Antonio Pau Pedrón.

17407

RESOLUCION de 26 de junio de 1992, de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por don Luis Gonzaga Higuera Pérez, Administrador único de «Europeam, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de aumento de capital y modificación de Estatutos.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Luis Gonzaga Higuera Pérez, Administrador único de «Europeam, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de aumento de capital y modificación de Estatutos.

HECHOS

I

El día 25 de julio de 1991, ante el Notario de Madrid don Jerónimo Rodríguez-Arias Sánchez, se otorgó escritura elevando a públicos los acuerdos adoptados por la Junta general universal de la Sociedad «Europeam, Sociedad Anónima», celebrada el 8 de junio de 1990, por la que se aumenta el capital social con cargo a reservas en nueve millones de pesetas, pasando así de uno a diez millones de pesetas y alcanzando el mínimo legal, al tiempo que se modifica el precepto correspondiente de los Estatutos. A dicha escritura se incorpora el Balance de situación a 31 de diciembre de 1989 y un informe de verificación del mismo realizado por un auditor designado por el Administrador.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el documento que antecede, según el asiento 207 del Diario 544.-Suspendida la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable de no reunir el auditor que ha verificado el Balance que sirve de base al aumento de capital las condiciones previstas en los artículos 157 de la Ley de Sociedades Anónimas y 327.4 del Reglamento del Registro Mercantil pues ni es -al menos, según el Registro- auditor de la Sociedad (es decir, auditor nombrado para verificar sus cuentas anuales) ni ha sido designado por el Registrador mercantil.-Barcelona a 4 de enero de 1992.-El Registrador.-Firma ilegible.-Firmado: Francisco de A. Serrano de Haro Martínez».

III

Don Luis Gonzaga Higuera Pérez, en su calidad de Administrador único, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación solicitando su reforma con base en las siguientes alegaciones: Que el artículo 157 de la Ley de Sociedades Anónimas debe interpretarse en el sentido de que sean los administradores quienes asuman directamente la facultad de nombrar auditores, ya que el artículo no dice que los administradores pidan al Registrador mercantil que nombre auditor y cuando así lo quiere la Ley lo dice expresamente. Que el artículo 327.4 del Reglamento del Registro Mercantil constituye una irregularidad jurídica y se ha excedido con respecto a la Ley al atribuir la facultad de nombramiento del auditor al Registrador mercantil por lo que, al entrar en contraposición con ella, es la Ley la que debe prevalecer. Que en las reducciones de capital del artículo 168.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, que es la misma operación pero en sentido inverso, está claro que son los Administradores los que nombran el auditor. Y que todos los auditores miembros del R. O. A. C. tienen las mismas obligaciones y las mismas responsabilidades con independencia de quién los nombre.

IV

El Registrador mercantil de Barcelona dictó acuerdo manteniendo íntegramente la calificación recurrida e informando: Que una interpretación literal no sirve para resolver la cuestión, por cuanto si la Ley no dice nada abona también la tesis contraria de que tampoco dice pueda ser nombrado por los auditores y la Ley cuando así lo quiere también lo dice. Que ante la ambigüedad e imprecisión de la Ley el Reglamento establece, que la designación se efectúe por el Registrador mercantil, exponiendo las razones que entiendo hacen que el artículo 327.4 del Reglamento del Registro Mercantil lejos de contravenir la Ley sea acorde con los fines que persigue. Y que las garantías establecidas en las reducciones y en los aumentos de capital son radicalmente diferentes por lo que no sirve de argumento para autorizar la tesis del nombramiento por el Administrador.

V

El Administrador único de la Sociedad interpuso recurso de alzada contra el anterior acuerdo, ratificándose en todas sus alegaciones y añadiendo en apoyo de las mismas que existe una laguna legislativa que tiene que ser interpretada a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1991, es decir, conforme al principio de jerarquía normativa si existe conflicto de norma; que al tratarse de una Sociedad de un solo accionista no hay otros socios que defender y que, al tratarse de una ampliación con cargo a reservas, no se perjudica a ningún tercero de buena fe; y que la Dirección General de los Registros y del Notariado ya ha resuelto casos similares en el sentido defendido por el recurrente, citando al respecto las resoluciones de esta Dirección General de 22 de abril y 3 de septiembre de 1991, así como la contestación a una consulta formulada por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y recogida en el «Boletín Oficial» del mismo número 7 de octubre, que parcialmente reproduce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 38, 40, 47, 156, 157, 159, y 168 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; 327 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de 27 de marzo, 22 de abril y 3 de septiembre de 1991.

1. La cuestión que el presente recurso suscita no es otra que la interpretación que debe darse a la expresión «o por un auditor a petición de los Administradores» que contiene en el artículo 157.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, es decir, si cuando la Sociedad no viene legalmente obligada a auditar sus cuentas, en el supuesto de proceder a una ampliación de capital con cargo a reservas, la verificación contable del Balance puede ser efectuada por un auditor «designado» o «nombrado» por el Administrador o Administradores o si, por el contrario, el Administrador o Administradores deben «solicitar» su nombramiento al Registrador mercantil del domicilio social.

2. La solución al problema interpretativo suscitado radica por un lado en determinar si el artículo 327.4 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, resuelve o no directamente la cuestión, y, por otro, y para el supuesto de que se entienda que así lo hace, si tal solución es contraria a las previsiones de la Ley. Parece claro, y así lo reconoce expresamente el recurrente, que el artículo 327.4 del Reglamento reduce una interpretación expresa de los artículos 156 y 157 de la Ley de Sociedades Anónimas por cuanto los remite, respecto «al nombramiento de auditor a petición de los Administradores», a «las mismas reglas» de «nombramiento de auditor por el Registrador mercantil del domicilio social» que en los supuestos que contempla. Por consiguiente, para el Reglamento, el «auditor a petición de los Administradores» debe ser «nombrado por el Registrador mercantil», salvo que se interpretará que el precepto sólo viene a establecer un mecanismo subsidiario o supletorio para el caso de falta de elección directa por los Administradores, interpretación esta última que no puede prosperar por incongruente con la propia configuración del precepto, que sólo recoge supuestos de nombramiento forzoso y no de nombramiento supletorio como los de los artículos 159.1.b) y 168.2 del propio texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

3. No es esta la instancia adecuada para invocar la ilegalidad de un precepto reglamentario, al menos en tanto no sea jurisdiccionalmente declarada, dado que el artículo 327 del Reglamento del Registro Mercantil forma parte del ordenamiento jurídico y goza de presunción de legalidad. Esta afirmación evitaría mayores consideraciones sobre el tema. No obstante, este Centro directivo debe poner de manifiesto su conformidad con la interpretación efectuada de los artículos 156 y 157 de la Ley por el artículo 327 del Reglamento del Registro Mercantil. En efecto, son principios básicos del régimen jurídico de la Sociedad anónima el de posibilidad de creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la Sociedad (artículo 47 del texto refundido) y el de exigencia de acreditación suficiente y objetivamente contrastada de la realidad de esas aportaciones (artículos 38, 40, etcétera), como requisito previo para la inscripción. Estos principios se traducen, 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 al menos igual al importe de la ampliación, es decir, una efectiva aportación patrimonial no desvirtuada por otras partidas del activo o del pasivo. 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 interpretación «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 deber serlo por el auditor nombrado por el Registrador mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto confirmando el acuerdo y la nota del Registrador mercantil.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. S. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 26 de junio de 1992.—El Director general, Antonio Pau Pedrón.

Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

17408 RESOLUCION de 27 de junio de 1992, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Juan Carlos Caballería Gómez, contra la negativa del Registrador mercantil número IX de Madrid a inscribir una cláusula estatutaria.

El Registrador mercantil número IX de Madrid remite el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de esta capital, don Juan Carlos Caballería Gómez, contra la negativa de aquél a inscribir una cláusula estatutaria de la escritura de protocolización de acuerdos sociales otorgada por «Royal Auto, Sociedad Anónima».

HECHOS

I

En escritura de 20 de septiembre de 1990, subsanada por otra de 14 de diciembre del mismo año, de cambio de denominación y domicilio y adaptación de Estatutos a la nueva Ley, otorgadas ambas por la Sociedad «Royal Auto, Sociedad Anónima», ante el Notario de Madrid don Juan Carlos Caballería Gómez. Se contiene la siguiente cláusula en sus Estatutos: Artículo 15.—«De las reuniones de la Junta general se extenderá acta en el libro llevado al efecto. El acta podrá ser aprobada por la propia Junta general o, en su defecto -dentro del plazo de quince días- por el Presidente y dos Interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría. Si no se aprobasen en ninguna de las dos formas, el defecto podrá subsanarse mediante su aprobación en cualquiera de las diez siguientes Juntas generales, siempre que se haya incluido en la convocatoria. La formalización de instrumento público de los acuerdos sociales corresponde a las personas que tengan facultades para certificarlos. También podrá realizarse por el Administrador sin necesidad de delegación expresa».

II

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Se suspende la inscripción del precedente documento por comprender el siguiente defecto que impide practicarla: Artículo 15.—Por considerar que la forma de aprobación de las actas infringe lo preceptuado en el artículo 113 de la Ley y 99 del Reglamento del Registro Mercantil—. Y en cumplimiento del artículo 62, 3, del vigente Reglamento del Registro Mercantil, extiendo la presente en Madrid, a 7 de enero de 1991.—El Registrador, (firma ilegible).—Está el sello del Registro Mercantil de Madrid».

III

Solicitada y obtenida la inscripción parcial, el Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la no inscripción de la cláusula 15 de los Estatutos y alegó: Que el artículo 113 de la Ley de Sociedades Anónimas al utilizar el término «podrá» revela que se trata de una norma dispositiva, que se confirma en el artículo 99 del Reglamento del Registro Mercantil en su inciso inicial, al establecer que las actas se aprobarán en la forma prevista por la Ley o, en su caso, por la escritura social, y que el sistema adoptado permite aprobar los acuerdos de una Junta válidamente celebrada en otra posterior, si por cualquier circunstancia hasta entonces no ha podido ser aprobada.

IV

El Registrador mercantil número IX de Madrid mantuvo su acuerdo e informó: El artículo 113 de la Ley de Sociedades Anónimas es una reproducción del artículo 62 derogado, por lo que cabe interpretarlo con arreglo a las Resoluciones que cita, que lo desarrollaron, y que aunque