



Roj: **SAP MA 1827/2007 - ECLI:ES:APMA:2007:1827**

Id Cendoj: **29067370062007100366**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **27/04/2007**

Nº de Recurso: **1037/2006**

Nº de Resolución: **258/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE JAVIER DIEZ NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE LO MERCANTIL DE MÁLAGA.

JUICIO ORDINARIO NÚMERO 356/2005.

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 1037/2006.

**SENTENCIA Nº 258/2007**

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don Antonio Alcalá Navarro

Magistrados:

Don José Javier Díez Núñez

Doña Soledad Jurado Rodríguez

En la Ciudad de Málaga, a veintisiete de abril de dos mil siete. Vistos, en grado de

apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario número 356 de 2005, procedentes del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, sobre nulidad de acuerdos **sociales, seguidos** a instancia de doña Erica , representada en esta alzada por el Procurador de los Tribunales don Carlos Buxó Narvéez y defendida por el Letrado don José Antonio Plasencia Rueda, contra la entidad "Cruzado Informática S.A.", representada en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales doña Antonia Duarte Gutiérrez de la Cueva y defendida por el Letrado don José Manuel Avisbal Toro; actuaciones que se encuentran pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva dictada en el citado juicio.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Ante el Juzgado de lo Mercantil de Málaga se siguió proceso ordinario número 356/2005, del que este Rollo de Apelación dimana, en el que con fecha veintitrés de junio de dos mil seis se dictó sentencia definitiva en la que se acordaba en su parte dispositiva: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por el/la procurador Sr./a D/ doña Buxó Narvéez en nombre y representación de Doña Erica , defendida por el /la abogado/a D./doña Plasencia Rueda contra Cruzado Informática S.A., representado por el/la procurador/a D./doña Duarte Gutiérrez de la Cueva y defendido por el abogado Sr./a Avisbal Toro y en consecuencia: Primero: Declaro la nulidad de los acuerdos del orden del día número 2 (aprobación de la aplicación del resultado) y número 8 (nombramiento de auditores de cuentas de la sociedad por un período de **tres** años, para los **ejercicios** económicos 2005, 2006 y 2007, de la Junta de Accionistas de 27 de junio de 2005 de la sociedad Cruzado Informática S.A., condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración. Segundo: Declaro la nulidad de cualquiera otros acuerdos **sociales** que posteriormente hayan tomado y que



traigan causa de los acuerdos declarados nulos objeto de impugnación, condenando a la demandada a estas y pasar por esta declaración. Tercero: Ordeno la cancelación de las inscripciones practicadas en el Registro Mercantil de los acuerdos declarados nulos, así como de los posteriores, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración. Cuarto: Desestimo la demanda en las demás pretensiones de la actora. Quinto: Sin expresa condena en costas".

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, en tiempo y forma, preparó y posteriormente por escrito formalizó recurso de apelación la representación procesal de la parte demandada, oponiéndose a su fundamentación la adversa demandante, remitiéndose seguidamente las actuaciones originales, previo emplazamiento de las partes, a esta Audiencia en donde al no interesarse práctica probatoria y considerarse innecesaria la celebración de vista pública, se señaló para deliberación del tribunal la audiencia del pasado veintidós de febrero, quedando a continuación conclusas las actuaciones para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso han sido observados y cumplidos los requisitos y presupuestos procesales previstos por la Ley, salvo el plazo para dictar sentencia, habiendo sido Magistrado Ponente el lltmo. Sr. don José Javier Díez Núñez.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por demanda presentada por la representación de doña Erica , como titular del 257895% del capital **social** de la sociedad mercantil "Cruzado Informática S.A." se solicitó la nulidad de pleno derecho de la Junta General Ordinaria/Extraordinaria de Accionistas celebrada el veintisiete de junio de dos mil cinco o, en su caso, de los acuerdos adoptados en los puntos 2º, 7º y 8º del orden del día, así como la nulidad de cualesquiera otros acuerdos **sociales** que posteriormente se adoptaran o pudieran ser tomados por la sociedad demandada y que trajeran causa de los acuerdos objeto de impugnación o que fueran posteriores a éstos, ordenándose, asimismo, la cancelación de las inscripciones practicadas en el Registro Mercantil de los acuerdos cuya nulidad se declarasen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento del Registro Mercantil , así como de los posteriores, con imposición de las costas procesales causadas a la demandada "Cruzado Informática S.A.". Planteada la litis en primera instancia en los términos expuestos, procede reproducir para llevar a cabo una mejor resolución de la controversia suscitada que en relación con la Junta General celebrada en fecha veintisiete de junio de dos mil cinco de la sociedad anónima denominada "Cruzado Informática" se fijaron en su orden del día como puntos a tratar los concernientes a: 1) Aprobación de las cuentas anuales del **ejercicio** dos mil cuatro; 2) Aprobación de la aplicación del resultado; 3) Análisis de la gestión del órgano de administración **durante** dicho **ejercicio social**; 4) Cese del órgano de administración; 5) Modificación de los artículos 8 y 10 de los Estatutos **Sociales**; 6) Nombramiento de nuevo órgano de administración conforme a los nuevos estatutos que se aprueben; 7) Establecimiento de retribución de los administradores, creación de un nuevo artículo, 10 bis, de los Estatutos **Sociales**; 8) Nombramiento de auditores de cuentas de la sociedad por un período de **tres** años, para los **ejercicios** económicos dos mil cinco, dos mil seis y dos mil siete, y 9) Facultades para elevar a públicos los acuerdos que se adoptaran, considerándose por la demandante, doña Erica , que procedía decretar judicialmente la nulidad de pleno derecho de la expresada Junta General Ordinaria y Extraordinaria de Accionistas o, en su caso, de los acuerdos adoptados de todo ello en base a considerar: 1) Infringidos los artículos 93 , 94 , 95 y 96, todos ellos de la Ley de Sociedades Anónimas , en relación con el artículo 7 del Código Civil , al considerarse no ser procedente llevar a cabo una convocatoria, a la vez, ordinaria y extraordinaria mediante publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de dos de junio de dos mil cinco y periódico de difusión provincial "La Opinión de Málaga" de uno del mismo mes y año, cuando tradicionalmente se venía practicando la comunicación en forma personal; 2) Infracción de los artículos 48.1 y 2 a), 214 y 215 de la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto al segundo punto del orden del día (aprobación de la aplicación del resultado) por haber **acordado** destinarlo todo a **reservas** voluntarias y no distribuir los dividendos; 3) Infracción del artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas , en relación con el artículo 7 del Código Civil , en cuanto al acuerdo séptimo del orden del día por el que se establecía una retribución de cincuenta mil euros (50.000 €) anuales a cada uno de los administradores en relación a los **beneficios** y al perjuicio causado al socio minoritario al dejar prácticamente sin dividendos para posteriores años, y 4) Nulidad de pleno derecho del acuerdo octavo del orden del día, al infringir lo previsto en el artículo 8 de la Ley 9/1998, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas y 36 de su Reglamento (RD 1636/1990, de 20 de diciembre ), al nombrar auditores no independientes dada la relación con la empresa.

SEGUNDO.- Planteado el debate en los expresados términos, las respuestas que se dieron por el juzgador de primer grado a los cuatro puntos de impugnación que han sido expuesto en el apartado anterior, pueden quedar resumidos en: a) Por lo que respecta al primero de ellos se desestimó por cuanto que la posibilidad de utilizar convocatoria conjunta a Junta Ordinaria y Extraordinaria, la jurisprudencia ha venido admitiéndola dando cabal respuesta afirmativa a dicha posibilidad, estatuyendo que en tanto se respete los términos legales



de convocatoria previstos para las Ordinarias a que se refiere el artículo 95 de la Ley de Sociedades Anónimas, es perfectamente factible simultañarlo con las Extraordinarias a que se refiere el artículo 96 - T.S. 1ª SS. de 30 de noviembre de 1963, 31 de mayo de 1983, 14 de marzo y 18 y 30 de octubre de 1985 - sin que sea objetable que el sistema que se **haya seguido** para proceder a practicar la convocatoria se realizara a través de un periódico de difusión provincial y publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, pues con ello no se comete el abuso de derecho invocado por la recurrente, habida cuenta que, como bien recuerda el juzgador de primera instancia con cita de la doctrina jurisprudencial sentada, entre otras, en las sentencias de 3 de abril de 1986, "las exigencias formales fijadas en la Ley para la convocatoria deben considerarse como mínimas, sin perjuicio de añadir nuevos requisitos a fin de garantizar al máximo, el conocimiento efectivo de la convocatoria de accionistas", debiendo interpretarse tales requisitos con carácter estricto - T.S. 1ª SS. de 4 de noviembre de 1961, 27 de octubre de 1964, 3 de febrero de 1966, 31 de mayo de 1983 y 31 de marzo de 1992 -, debiendo, por tanto ser desestimada dicha pretensión, máxime cuando con la documental número cuatro de la contestación a la demanda se constata haberse practicado su convocatoria en forma personal; b) En relación con el segundo de los motivos, se ha venido disponiendo por la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 10 de octubre de 1996, 19 de enero de 1997 y 30 de enero de 2002, que "el accionista tiene el derecho abstracto a participar en los **beneficios sociales**, que sólo deviene derecho concreto al dividendo, cuando éste sea determinado por acuerdo de la Junta General", naciendo sólo el derecho de crédito del accionista contra la sociedad con el acuerdo de tal Junta - T.S. 1ª SS. 30 de noviembre de 1971 y 10 de octubre de 1996 -, de manera que si injustificadamente y de forma arbitraria no se repartieran **beneficios** de una sociedad capitalista como lo es la anónima, se podría impugnar el acuerdo, ex artículo 115 en relación con el 48 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, pues de no ser así quedaba vacío de contenido el derecho al recibo de **beneficios** como derecho del socio, doctrina que proyectaba sobre el caso objeto de litis consideraba ofrecer una respuesta amparadora de la tesis defendida por la demandante, ya que, decía, en el año mil novecientos noventa y nueve hizo **reserva** voluntaria de cuatro millones quinientas treinta y **tres** mil ciento sesenta y ocho pesetas (4.533.168 ptas.), al igual que en el año dos mil cuatro por ciento treinta y nueve mil sesenta y seis euros con sesenta céntimos (139.06660 €), sin reparto de **beneficios**, a diferencia de lo que sucediera en los años dos mil, dos mil dos y dos mil **tres** en los que se hizo un fondo de **reserva** voluntaria de dos millones ciento cuarenta y nueve mil trescientas cuarenta y dos pesetas (2.149.342 ptas.), de treinta y cuatro mil cuatrocientos diecisiete euros con ochenta y nueve céntimos (34.41789 €) y quince mil seiscientos cincuenta y siete euros con cincuenta y cuatro céntimos (15.65754 €), pero con reparto de dividendos por ocho millones de pesetas (8.000.000 ptas.), ciento treinta y siete mil cuatrocientos setenta y un euros con cincuenta y siete céntimos (137.47157 €) y ciento cuarenta mil novecientos diecisiete euros con ochenta y cuatro céntimos (140.91784 €), pasando con la última de las **reservas** voluntarias constituidas a tener por constituida **reserva** de cuatrocientos dos mil trescientos cincuenta euros con cuarenta y siete céntimos (402.35047 €), incrementando las **reservas** voluntarias en el año dos mil cuatro en más del 50%, cuando hasta entonces solamente había venido constituyendo **reservas** máximas del 20% y el capital **social** al treinta y uno de diciembre de dicho año era de ciento catorce mil ciento noventa y dos euros con treinta céntimos (114.19230 €), incremento de **reserva** que calificaba injustificado y que no obedecía a actuación de política de expansión, inversión o consolidación, aumentando en **tres** veces el capital **social**, por lo que consideraba se producía infracción legal y, consecuentemente, acordaba decretar la nulidad del acuerdo adoptado por mayoría en la Junta General; c) Por lo que se refería al tercero de los motivos, lo desestimaba partiendo de la posibilidad concedida en la Ley de Sociedades Anónimas (artículo 130), considerando no existir lesión del interés **social** y **beneficio** de los socios respecto de los que se fija por su cargo de administradores, afirmando como el Tribunal Supremo señalaba que lesionan el interés **social**, en **beneficio** de uno de los socios, las retribuciones anuales superiores a los **beneficios** normales de la sociedad - T.S. 1ª S. de 17 de mayo de 1979 - o su fijación o aumento en casos de pérdidas - T.S. 1ª S. de 27 de marzo de 1984 -, pero que era el caso que en el **ejercicio** aprobado se obtuvieron **beneficios** superiores a las cuantías fijadas e incluso en el dos mil **tres** el **beneficio** fue de ciento cincuenta y seis mil quinientos setenta y cinco euros con treinta y ocho céntimos (156.57538 €), retribuciones las acordadas que no eran excesivas, ya que venían a suponer una carga de trabajo que la actora conocía perfectamente cuando participaba activamente en la sociedad, y d) Por último, en relación con la auditoría acordada mantenía que si bien el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de octubre de 1997 indica como la utilización de este cauce de impugnación del acuerdo de nombramiento de auditores cuando no se pone en duda el informe emitido por los mismos no era procedente, y que con ello no se venía más que añadir nuevas causas invalidatorias de los acuerdos **sociales** impugnados, vulnerando la buena fe y utilizando como simple pretexto para combatir los demás apartados, añadía que la entidad que prestara asesoramiento fiscal a la demandada ("Auren Elisardo Sánchez S.A.") tiene el mismo representante legal que la empresa auditora ("Auren Elisardo Sánchez Auditores S.A."), lo que era improcedente, y así con cita de la Recomendación de la Comisión de la UE de 16 de mayo de 2002, sobre la independencia de los auditores de cuentas (DOCE 191/2002, de 19 de julio de 2002), consideraba procedente la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta General.



TERCERO.- Ante el pronunciamiento condenatorio emitido en la sentencia por el juez "a quo", estimando parcialmente la demanda, se alzó la representación procesal de la demandada argumentando en su contra dos motivos, a saber: 1) Impugnación de la declaración de nulidad del acuerdo adoptado por la Junta General Ordinaria en cuanto a la aplicación a **reservas** del resultado del **ejercicio** dos mil cuatro, indicando como las cuentas anuales del indicado **ejercicio** arrojaban unos **beneficios** económicos de ciento treinta y nueve mil sesenta y seis euros con sesenta céntimos (139.06660 €) y que la Junta General aceptando la propuesta del órgano de administración, aprobó por unanimidad de los socios asistentes destinar íntegramente a **reservas**, situación que desde cualquier perspectiva era la óptima y que más favorecía al interés **social**, robusteciendo la estructura financiera de la sociedad, de manera que no existía norma estatutaria que obligase a una determinada distribución de **beneficios**, siendo así que debía de ser la Junta General el único órgano con soberanía para adoptar una decisión, la cual, teniendo en cuenta el interés **social**, adoptó de forma unánime la decisión de destinar ese resultado a **reserva**, quedando igualmente probado que ninguno de los cuatro accionistas de la sociedad había percibido **durante** el dos mil cuatro ningún tipo de dividendo, si bien tanto la actora como el actual administrador don Ángel Daniel percibieron retribución y la primera, además de la retribución de enero a abril por dos mil novecientos veinticuatro euros con noventa y seis céntimos (2.92496 €), **tres** mil cincuenta y dos euros con ochenta céntimos (3.05280 €), **tres** mil doscientos cuatro euros con doce céntimos (3.20412 €) y mil doscientos cincuenta euros con un céntimos (1.25001 €), respectivamente, la suma de cincuenta y siete mil ochocientos treinta y **tres** euros con nueve céntimos (57.83309 €) por indemnización de su cese como administradora (documentos números dos y **tres** de la demanda), indicando como había sido habitual en años anteriores repartir dividendos y en otros dotar **reserva**, al punto de que la sociedad tenía unas **reservas** de doscientos sesenta y **tres** mil doscientos ochenta y **tres** euros con ochenta y siete céntimos (263.28387 €) previas al dos mil cuatro, que evidentemente no surgían sino como consecuencia de acuerdos **sociales** sucesivos en dicha línea, todos ellos aprobados y consentidos por todos los socios, siendo aplicables los artículos 93 y 213 de la Ley de Sociedades Anónimas y la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 19 de marzo de 1997 conforme a la cual es la Junta General el único órgano soberano capacitado para la formación de la voluntad general y para transformar el derecho abstracto del accionista al dividendo en un derecho concreto y exigible por el accionista a la Junta General, y que el derecho a reclamar del accionista el dividendo sólo existía respecto a aquellos dividendos aprobados por la Junta General, de tal forma que el derecho de crédito del accionista contra la sociedad sólo nacía con el acuerdo de la tal Junta, acuerdo el adoptado que la sentencia calificaba de nulo por ser contrario a la Ley, pero sin que fundamentara en qué medida dicho acuerdo **social** infringía una norma de derecho positivo, ni en qué medida lesionaba el interés **social** beneficiando a uno o varios accionistas o terceros, diciéndose en la resolución judicial impugnada que la motivación de nulidad obedecía a la falta de motivación de la decisión adoptada por unanimidad, cuando lo cierto, decía, era que ni la Ley de Sociedades Anónimas, ni los Estatutos **Sociales** de "Cruzado Informática S.A." establecían la necesidad de justificación expresa del motivo por el que se destinara de una forma u otra los resultados, concretando solamente el artículo 97 del Reglamento del Registro Mercantil que se practique una breve reseña o resumen de los asuntos debatidos, sin que, además, el acuerdo se adoptara en **beneficio** de uno o varios accionistas o de terceros, perjudicando los intereses de la sociedad, siendo la decisión de la Junta General absolutamente soberana - T.S. 1ª SS. de 30 de noviembre de 1971 , 19 de enero de 1997 y 19 de marzo de 1997 -, sucediendo que la demandante accionista no acudió a la Junta convocada y constituida válidamente para mostrar su parecer al respecto, ni solicitó anteriormente al amparo de lo previsto en el artículo 112 de la comentada Ley ninguna información ni aclaración sobre dicha propuesta, y 2) En segundo lugar, impugnaba la declaración de nulidad del acuerdo adoptado por la Junta General de "Cruzado Informática S.A." sobre nombramiento de auditor que verificase las cuentas anuales de la sociedad de forma voluntaria por período de **tres** años, manteniendo al respecto que las cuentas anuales no habían sido impugnadas, ni la labor del propio auditor, ni su informe, por lo que no se estaba en presencia de ninguna irregularidad en la prestación del servicio, sino ante un problema de independencia o de incompatibilidad, disponiendo el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de octubre de 1997 que no es dable el cauce de impugnación de acuerdo de nombramiento de auditores cuando no se han puesto en duda ni las cuentas anuales ni su informe, por lo que erraba el juzgador de primera instancia trayendo al caso una cita jurisprudencial (T.S. 1ª S. de 18 de septiembre de 2003 ) para un caso de incompatibilidad que nada tenía que ver con los autos, sin que existiera ninguna vinculación más allá de la meramente profesional entre la sociedad auditada y la sociedad auditora, desviándose la sentencia en su apreciación de las relaciones internas entre la sociedad auditora ("Auren Elisardo Sánchez Auditores S.A.") y la que prestaba el asesoramiento fiscal "Auren Elisardo Sánchez S.A."), llevando su conclusión para aplicarla no a esa relación, sino, con grave y claro error de valoración de la prueba, a las relaciones entre sociedad auditora ("Auren Elisardo Sánchez Auditores S.A.") y la sociedad demandada ("Cruzado Informática S.A."), sin que pusiera en duda la recurrente que "Auren Elisardo Sánchez Auditores S.A." pudiera jamás practicar auditoría legal de "Auren Elisardo Sánchez S.A.", afirmando que la cuestión de incompatibilidad general de si una misma empresa simultáneamente puede prestar servicios profesionales de auditoría de cuentas y de asesoramiento legal quedaba fuera de la órbita de las incompatibilidades de los artículos 8.2 de la Ley y 37 del





Reglamento, haciéndolo en la esfera de la independencia del artículo 36 del Reglamento y del artículo 8.1 de su Ley, añadiendo haber quedado probado en las actuaciones, según testifical del actual contable, don Andrés , que la sociedad auditora no llevaba materialmente la contabilidad, y que solo, puntualmente, se recababa asesoramiento de los asesores de "Auren Elisardo Sánchez" sobre temas específicos contables, fiscales o laborales, citando en apoyo de sus tesis la Cuarta Directiva 78/660CEE en su artículo 43.1, punto 15 y la Directiva 2006/43 / CE en su artículo 25, motivos los expuestos que llevaban a interesar a la parte apelante la revocación de la sentencia dictada en la anterior instancia mediante la declaración de ser totalmente ajustado a derecho y válidos los dos acuerdos **sociales** que declaraba nulos, así como de los actos y acuerdos que fueran consecuencia de los anteriores, imponiendo a la demandante las costas de primera instancia.

CUARTO.- En contestación al primero de los motivos de impugnación de la sentencia dictada en primera instancia, procede traer a colación que ciertamente existen dos clases de nulidades respecto de los acuerdos tomados en la Junta General de la sociedad anónima, la nulidad radical, que surge cuando se trata de acuerdos contrarios a la ley, y la relativa o anulabilidad referida a los que se opongan a los Estatutos o lesionen, en **beneficio** de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad, situación ésta que puede producirse mediante acuerdos **sociales** adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso de derecho - T.S. 1ª S. de 10 de febrero de 1992 -, y así, efectuada esta matización inicial, procede partirse para resolver la contienda judicial suscitada de la premisa básica de que en la configuración legal del tipo **social** de la sociedad anónima, se reflejan como elementos caracterizadores de la misma el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de la actividad societaria y su posterior reparto entre los socios que la integran - artículos 1665 del Código Civil , 116 del Código de Comercio y 48 y 213 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -, siendo por ello difícilmente entendible la constitución de sociedad mercantil que no tienda a practicar reparto de dividendos entre sus socios accionistas y pase a convertir en sus **ejercicios** económicos la totalidad de sus ganancias en **reservas** voluntarias, siendo esto lo que, en definitiva, y sin justificación alguna, sucedió en el caso analizado en la anualidad dos mil cuatro en la que existiendo **beneficios** por cuantía de ciento treinta y nueve mil sesenta y seis euros con sesenta céntimos (139.06660 €), se destina íntegramente dicha cantidad a constituir **reserva** voluntaria, cuando en las anualidades anteriores, como máximo, se destinó a tal fin solamente un 20%, salvedad del año mil novecientos noventa y nueve que lo fue en un 100%, al parecer, por motivos fiscales derivados de la adquisición hereditaria de determinados bienes por los hermanos integrantes de la sociedad "Cruzado Informática", situación la originada que si bien permitida por la ley, en el caso que nos ocupa pasa por ser considerada como forzada y abusiva, no ya solamente por el hecho de que, como se dijo por el juzgador de primer grado, no exista reflejo alguno de su justificación ni en acta de la Junta General, ni en la Memoria de Cuentas presentada, sino porque, además, con la constitución de esa **reserva** voluntaria prácticamente se duplicaban las **reservas** del año anterior y se cuatriplicaba el capital **social**, sin que existiera previsión de inversión o gasto extraordinario, no ajustándose la aseveración vertida en el acto del juicio por el administrador don Ángel Daniel Granados a la realidad cuando afirmara que la motivación de la **reserva** obedeciera "a no encontrarse la tesorería en el mejor momento", máxime cuando admitiera que la **reserva** constituida no llegó a destinarse a ningún fin concreto, pues el pago de las retribuciones a los administradores e indemnización por despido a la que fuera administradora y gestora del ente societario fueron partidas económicas contempladas dentro de la contabilidad en pérdidas y ganancias, respondiendo más bien el acuerdo adoptado por unanimidad de los socios asistentes a la Junta General a asfixiar económicamente a la administradora despedida sin que pudiera obtener cantidad alguna derivada del reparto de **beneficios**, de ahí que sin poder en duda que, como nos recuerda la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias de 10 de octubre de 1996 y 30 de enero de 2002 que el derecho abstracto al dividendo se concreta con el acuerdo de la Junta General, y el derecho de crédito del accionista contra la sociedad sólo nace con el acuerdo de tal Junta, sin que los **beneficios** hayan de asignarse necesariamente y en su totalidad al reparto de dividendos, dicha premisa deba de responder a una interpretación y lectura acorde de la actuación societaria en interés de la sociedad, y no en la forma en que se pretende realizar por la demandada inmotivadamente, de manera que no debe olvidarse como respecto de algunos derechos el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas toma en consideración el capital desembolsado como parámetro de proporcionalidad, y así acontece en relación con la distribución de dividendos (artículo 215.1 ), presupuesto que fue incumplido, sin justificación alguna, por los **tres** hermanos asistentes a la Junta General impugnada adoptando un acuerdo contrario a requisito consustancial de las sociedades mercantiles, cual es el ánimo de lucro, y, además, lesivo a los intereses de socio minoritario con marcada infracción de la normativa legal especial y de la genérica contenida en el artículo 7.1 y 2 del Código Civil , lo que debe traducirse, necesaria e irremisiblemente, en el dictado de un pronunciamiento judicial corroborador de la resolución dictada por el juzgador de primera instancia, decayendo los motivos que se defendieran en su contra por la demandada recurrente.

QUINTO.- La segunda de las cuestiones suscitadas relativa a la designación en la Junta General de nombramiento de auditores por un período de **tres** años, para los **ejercicios** dos mil cinco, dos mil seis y



dos mil siete, deberá correr idéntica suerte adversa la tesis defendida en alzada por la apelante, procediendo la confirmación de la resolución judicial impugnada, dado producirse un incumplimiento de lo previsto en el artículo 8 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas , a cuyo tenor "los auditores de cuentas deberán ser independientes, en el **ejercicio** de su función, de las empresas o entidades auditadas", especificando en su apartado quinto, letra a), que "a los efectos de este artículo, las menciones a la empresa o entidad se extenderán a aquellas otras con las que esté vinculada directa o indirectamente", especificándose aún más en el artículo 36.2 y 3 del Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre , por el que se aprobara el Reglamento que desarrolla aquélla Ley, como interpretación legal que "se entiende por independencia la ausencia de intereses o influencias que puedan menoscabar la objetividad del auditor" y que "para apreciar la falta de independencia, se tomará en consideración, entre otras circunstancias, la realización para la empresa o entidad auditada en otros trabajos que puedan limitar la imparcialidad del auditor", añadiendo a renglón **seguido** que "en todo caso, se considerará que no existe independencia cuando el auditor de cuentas **haya** realizado trabajos **durante** los **tres ejercicios** anteriores a aquel que se refiere la auditoría, relativos a la ejecución material de la contabilidad de la empresa o entidad auditada", resultando de la actividad probatoria desplegada en el proceso **seguido** en la anterior instancia que si bien la empresa "Cruzado Informática" siempre contó entre sus empleados con un contable, inicialmente don Ricardo , despedido por motivos que no vienen al caso analizar, y con posterioridad por don Ángel Daniel , de las manifestaciones vertidas por ambos en el acto del juicio al ser oídos como testigos propuestos por una y otra parte, respectivamente, y de lo declarado por el representante legal "Auren Elisardo Sánchez S.A.", don Alonso , no cabe más que colegir ser ésta la que en todo momento fiscalizaba la contabilidad de la empresa, resolviendo toda clase de dudas en materia fiscal, laboral o de consultoría contable, entidad mercantil que presenta lazos de unión más que significativos con la designada como auditora "Auren Elisardo Sánchez Auditores S.A.", con idéntico domicilio **social**, número de teléfono, etc., lo que veta, por falta de independencia e incompatibilidad, la designación de la auditora llevada a cabo en la Junta General que se impugnara, aún a pesar de que las cuentas anuales no fueran impugnadas, pues, en todo caso, como recuerda el Pleno del Tribunal Constitucional en sentencia de 23 de diciembre de 1993 , los informes exigen, para asegurar el funcionamiento eficaz y transparente del mercado y la protección de los muy diversos intereses concurrentes, la máxima fiabilidad de la información disponible sobre la verdadera y real situación económica, financiera y patrimonial de las empresas (imagen fiel), por lo que esa actividad de auditoría, de conformidad con el artículo 1 de la mencionada Ley 19/1988 , al caracterizarse no solamente por tratarse de un servicio que afecta a la empresa revisada sino también por producir posibles efectos frente a terceros que mantengan relaciones con la misma, según se recoge en la Exposición de Motivos de la precitada Ley, siendo por ello de todo punto lógico que los poderes públicos regulen los requisitos, condiciones y efectos que ha de tener una actividad de tan amplia y profunda incidencia sobre el funcionamiento de la economía de mercado y de los intereses de muy diversas personas y grupos, justifique objetiva y razonablemente que se prevea un control técnico del sistema, pues parece de evidencia incuestionable que si ciertas entidades vienen obligadas a realizar periódicamente auditorías, y de ellas se siguen efectos frente a terceros distintos de los administradores de las entidades auditadas, sea preciso controlar que tales auditorías se realicen siguiendo unos determinados criterios que garanticen su fiabilidad, ya que de otra manera los objetivos perseguidos por la norma -proporcionar una información rigurosa, objetiva y completa sobre la situación de la entidad auditada- no podrían obtenerse, finalidad ésta que no se lograría caso de mantenerse en vigor el acuerdo adoptado en Junta en el que se entremezclan los intereses en juego de la sociedad auditora con la que ha venido teniendo la última palabra en el control contable de la empresa auditada, lo que hace no solamente aconsejable, sino necesario, legalmente, el excluir del control auditor a la sociedad nombrada por la demandada, lo que determina el perecimiento del motivo de apelación que no podrá sustentarse sobre la normativa citada al colisionar frontalmente con la legal a que nos hemos referido, determinando, en definitiva, el fracaso del recurso de apelación y, consecuentemente, la conformación íntegra de la sentencia dictada en primera instancia.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , procederá imponer las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

#### **FALLAMOS:**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad mercantil "Cruzado Informática S.A.", representada en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Duarte Gutiérrez de la Cueva, contra la sentencia de veintitrés de junio de dos mil seis, dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Málaga en autos de juicio ordinario número 356 de 2005, confirmando íntegramente la misma, debemos acordar y acordamos imponer las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.



Notifíquese la presente resolución a las partes personadas haciéndoseles saber que contra la misma podrán interponer recurso extraordinario por interés casacional, que se preparará mediante escrito presentado ante este tribunal en el plazo de cinco días, contados a partir del siguiente hábil al de su notificación.

Una vez alcance firmeza la presente sentencia, devuélvanse las actuaciones originales, con certificación de la misma, al Juzgado de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento y, en su caso, ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública en la Sala de Vistas de este Tribunal, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS