



Roj: **SAP MA 2057/2016 - ECLI: ES:APMA:2016:2057**

Id Cendoj: **29067370062016100500**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **27/04/2016**

Nº de Recurso: **677/2013**

Nº de Resolución: **300/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO ALCALA NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO MERCANTIL Nº DOS DE MÁLAGA.

JUICIO ORDINARIO Nº 369 DE 2012.

ROLLO DE APELACIÓN CIVIL Nº 677 DE 2013.

#### **SENTENCIA Nº 300/16**

Illmos. Sres.

Presidente

Don Antonio Alcalá Navarro

Magistradas

Doña Soledad Jurado Rodríguez

Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano

En la ciudad de Málaga, a veintisiete de abril de 2016.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario número 369 de 2012 procedentes del Juzgado Mercantil número Dos de Málaga, sobre **impugnación de acuerdos sociales**, seguidos a instancia de CyO Consultores y Auditores S.L.P. representada en el recurso por la Procuradora Doña Cristina Jordá Díaz y defendida por el Letrado Don Jorge Zambrana Ledesma, contra Textil Rental S.L. representada en el recurso por el Procurador Don Buenaventura Osuna Jiménez y defendida por el Letrado Don Juan José Pérez Morales, pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la mercantil demandada contra la sentencia dictada en el citado juicio.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado Mercantil número Dos de Málaga dictó sentencia de fecha 18 de marzo de 2013 en el juicio ordinario número 369 de 2012 del que este rollo dimana cuya parte dispositiva dice así :"**FALLO: QUE ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora, Sra. Jordá Díaz, en nombre y representación de la mercantil CYO CONSULTORES Y AUDITORES, SLP, contra la mercantil TEXTIL RENTA, SL representada por la Procuradora, Sra. Delgado Garrido, procede hacer los siguientes pronunciamientos:**

**1º. - Declarar que no concurre justa causa para la revocación del nombramiento de la actora, la mercantil CYO, Consultores y Auditores, SLP, como auditora de las cuentas del ejercicio 2010 de la mercantil demandada Textil Rental, SL, y en su virtud:**

**2º.- Se declaran nulos los acuerdos adoptados en Junta General Extraordinaria y Universal celebrada el 30 de diciembre de 2010, por vulneración de lo dispuesto en el artículo 264 del TRLSC, relativos al:**



*Primero.- Cese como auditores de las cuentas de la sociedad correspondiente al ejercicio 2010, a la firma CYO Consultores y Auditores, SLP, designados por la Junta General de Socios de 22 de diciembre de 2008 por un periodo de tres años, computado desde el 1 de enero de 2008 hasta el 3 de diciembre de 2010, que se declara subsistente.*

*Segundo.- Nombramiento de Ernest & Young, SL, como auditores del ejercicio 2010.*

*En virtud de lo anterior procede, asimismo:*

**3º.-** Ordenar la cancelación en el Registro Mercantil de la inscripción de los acuerdos declarados nulos, así como de los asientos posteriores que resulten contradictorios con esta sentencia.

**4º .-** *Condenar a la demandada en las costas causadas."*

**SEGUNDO.-** Contra la expresada sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación compañía demandada Textil Rental S.L, el cual fue admitido a trámite y su fundamentación impugnada de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde al no haberse propuesto prueba ni estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala, que tuvo lugar el día siete de abril de 2016, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Antonio Alcalá Navarro.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Solicita la parte recurrente la revocación de la sentencia apelada y el dictado de otra que declare: la nulidad de actuaciones hasta el momento previo a la audiencia previa mandando repetir la misma, o, subsidiariamente, entre al fondo del litigio, acogiendo los razonamientos contenidos en su escrito de recurso, la existencia de una justa causa en la destitución de los auditores CyO Consultores y Auditores S.L.P, desestime la demanda presentada de contrario, dadas las negligencias detectadas por Textil Rental, S.L. en los informes de auditoría de las cuentas de esta última de los ejercicios 2008 y 2009, entregados por la firma auditora demandante con múltiples errores y deficiencias, lo que unido a la ausencia e ineficacia de un control de calidad interno, exigido por la Ley de Auditoría de Cuentas, evidencia una manifiesta negligencia en la redacción de dichos informes, razón por la que la Junta General de socios de la entidad demandada, en diciembre de 2010, tomara la decisión de revocar el mandato de la actora como empresa auditora.

**SEGUNDO.-** Por lo que se refiere al óbice procesal que la entidad recurrente alega en primer lugar en su escrito de apelación, instando la nulidad de actuaciones por haberse vulnerado lo dispuesto en el artículo 338.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que obliga a aportar los dictámenes cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación de la demanda, en el preclusivo plazo de cinco días antes de la audiencia previa, habiéndose vulnerado ese plazo al presentar la parte actora el informe en la misma audiencia previa, habiendo causado un grave quebranto del derecho de defensa y del principio de igualdad de armas para la demandada, de forma muy especial en el presente caso en el que los razonamientos de la sentencia y su fallo se fundamentan precisamente en dicho informe pericial, la Sala debe rechazar este argumento pues aunque la redacción del precepto invocado por la parte apelante pudiera suscitar dudas sobre el argumento de la preclusión para su presentación, una interpretación sistemática del contenido de la citada ley procesal nos puede llevar a la opinión contraria, y así el artículo 265.3 faculta al actor a presentar en la audiencia previa al juicio los documentos, medios, instrumentos, *dictámenes e informes* , relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga manifiesto a consecuencia alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda, e igualmente en el artículo 426, en su apartado 5, señala la Ley de Enjuiciamiento Civil que en el acto de la audiencia, las partes podrán aportar documentos y *dictámenes* que se justifiquen en razón de las alegaciones complementarias rectificaciones, peticiones, adiciones y hechos nuevos a que se refieren los apartados anteriores en este artículo, añadiendo el artículo 427.3 que si las alegaciones o pretensiones a que se refieren los tres primeros apartados del artículo 426 suscitasen en todas o en alguna de las partes la necesidad de aportar al proceso algún *dictamen pericial* , podrán hacerlo dentro del plazo establecido en el apartado segundo del artículo 338. Analizados en su conjunto todos estos preceptos, podemos comprobar que su dicción literal alude y diferenciadamente, en sus respectivos, a "las partes" y a "todas o alguna de las partes", lo que unido al empleo del potestativo "podrán" del artículo 426.5 antes citado, revela sin lugar a dudas que reviste carácter potestativo para los litigantes la aportación en la audiencia previa de los dictámenes en que se apoyan las peticiones accesorias o complementarias sin que quepa exigir, ni siquiera a la parte que las introduzca en dicho instante que al propio tiempo presente los dictámenes que la sustenten entendiendo la doctrina que no se menoscaba por ello el principio de contradicción y defensa de la parte o partes contrarias, ya que los eventuales dictámenes periciales privados que estimen conveniente



presentar para contradecirlas, se ordenarán prioritariamente a desvirtuar la procedencia de las alegaciones y peticiones accesorias formuladas de adverso de las que han tomado conocimiento en dicho acto, no propia ni directamente los dictámenes que en su caso se hayan podido aportar para corroborarlas .

**TERCERO.-** El art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene las reglas de distribución de la carga de la prueba, correspondiendo a la parte actora probar los hechos fundadores de su pretensión, y a la demandada, los hechos impositivos o extintivos. En el presente caso, no se aprecia infracción alguna del citado precepto, compartiendo esta Sala la valoración de la prueba realizada en la instancia, estimando que el actor ha cumplido con la carga de la prueba que le incumbe, habiendo acreditado como la actora fue nombrada para auditar las cuentas de la demandada correspondientes a los ejercicios 2008 a 2010, ambos inclusive, en virtud de contrato de auditoría por ellas celebrado con fecha 3 de octubre de 2009, nombramiento realizado por la Junta General de socios de la sociedad a auditar con fecha 22 de diciembre de 2009 con inscripción de tal nombramiento en el Registro Mercantil. La parte demandada, ahora apelante, funda su recurso en que la actora fue cesada por acuerdo de Junta General Extraordinaria y Universal de fecha 30 de diciembre de 2010, alegando justa causa para el cese, nombrándose el nuevo auditor para las cuentas del ejercicio 2010, sin que conste en el acuerdo de la junta los concretos motivos que inducen a la misma a concluir que concurre justa causa para el cese de la auditora. La demandada notifica el cese de su nombramiento a la actora, con fecha 6 de junio de 2011, limitándose a poner en conocimiento de ésta su cese como auditora de las cuentas anuales de la sociedad correspondiente al ejercicio 2010, sin determinar ni transmitir a la auditora cesada cuál fuera la concreta causa en la que basa el cese de su nombramiento. No es sino hasta la contestación a la demanda cuando en el hecho séptimo de la misma incluye los errores y deficiencias en que afirma la demandada incurre en los informes de auditoría de los ejercicios 2008 y 2009 elaborados por la actora y que constituyen, en opinión de la demandada, justa causa para revocar el nombramiento de la actora sin que a dicha afirmación acompañase prueba alguna, limitándose la demandada a la simple aportación de la documental consistente en las cuentas anuales de los ejercicios afectados, cuando a ella le incumbía la carga probatoria, tanto por tratarse de un hecho que enerva el derecho pretendido de contrario, como por la facilidad probatoria en la demandada que tiene a su disposición las cuentas anuales de la Sociedad, y además pudo encargar una pericial contradictoria del informe de auditoría confeccionado por la demandada. Todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 217 con el que hemos comenzado este razonamiento. Por el contrario la actora aporta prueba pericial que contradice las afirmaciones contenidas en el citado hecho séptimo de la contestación a la demanda, prueba que en el anterior fundamento de derecho ha quedado acreditada su presentación en tiempo y forma, de la que se puede concluir que las omisiones y errores descritos por la demandada en el hecho séptimo de su contestación a la demanda carecen de significatividad a tenor de las cuentas anuales del ejercicio 2010 y conforme a la normativa relativa a la corrección de errores, al no estar el mismo corregido en el ejercicio siguiente al 2009, auditado por nuevos auditores, tal y como establece el Plan General de Contabilidad y al no haberse hecho mención en el informe 2010 de la afectación al patrimonio neto inicial, negándose la existencia de las omisiones alegadas por la demandada que se encuentran efectivamente en la memoria. En cuanto a la impugnación de la prueba pericial, la misma no puede prosperar. Debe tenerse en cuenta que la prueba pericial es un medio de prueba relacionado en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en virtud del cual una persona con conocimientos especializados (científicos, artísticos, técnicos o prácticos), que el juez no tiene, pero ajena al proceso, los aporta al mismo para que el órgano jurisdiccional pueda valorar mejor los hechos o circunstancias relevantes en el asunto, o adquirir certeza sobre ellos , artículo 335.1 de la misma Ley . La prueba pericial ha de recaer sobre unos hechos o datos aportados al proceso para ser valorados y apreciados técnicamente, constituyendo lo antedicho la regla de oro de la prueba pericial en el área jurisdiccional civil ( Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2000 ). Ahora bien, la valoración de la prueba pericial ha de hacerse en la sentencia conforme a las reglas de la sana crítica, artículo 348 de la repetida en ley procesal , sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos, de donde se colige que la valoración de los dictámenes periciales corresponde en cada caso al Juez o Tribunal que conoce del asunto. Respecto a la prueba pericial, declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010 : *"el que el órgano jurisdiccional valore la prueba pericial según las reglas de la sana crítica significa que es una prueba de libre valoración, en el sentido de que el juzgador con prudencia y sentido crítico, no tiene el deber de aceptar sin más, la opinión del perito en todos sus extremos, ni tiene el poder de despreciar, sin más, un dictamen bien fundado"*. La apreciación del dictamen del perito efectuada por la sentencia recurrida se ajusta a las reglas de la sana crítica y no se ha demostrado que haya habido ningún error, ni una valoración arbitraria. La parte apelada, que no ha aportado dictamen pericial se limita a hacer apreciaciones subjetivas en la contestación a la demanda, que reproduce en el recurso, sobre las diferentes partidas incluidas, carente de sustento probatorio alguno. No se aprecia en dicha valoración realizada por la Magistrada *a quo* , "error fáctico patente, arbitrariedad o irracionalidad" ( Sentencias del Tribunal Supremo 84/2012, de 20 febrero , 34/2011, de 27 enero , 13/2012, de 23 enero , 983/2011, de 12 enero 2012 y de 16 de marzo de 2012 ). El demandante ha cumplido con la carga de la prueba que le incumbe conforme al art. 217 LEC , sin que el resultado probatorio quede desvirtuado por las



alegaciones sin sustento probatorio alguno de la parte apelante. Por todo lo expuesto, ha de ser confirmada la valoración probatoria realizada en instancia, debiendo ser desestimado el motivo principal del recurso.

**CUARTO.-** Dispone el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, las costas del mismo serán impuestas a la parte que las haya visto totalmente rechazadas.

**VISTOS** los preceptos citados y los demás de legal y oportuna aplicación.

#### **FALLAMOS**

que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Buenaventura Osuna Jiménez en nombre representación de Textil Rental S.L., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada el día 18 de marzo de 2013 por el Juzgado Mercantil número Dos de Málaga en el Juicio Ordinario número 369 de 2012, e imponemos a la parte apelante las costas del recurso.

Devuélvanse los autos originales con certificación de esta sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, al juzgado del que dimanen para su ejecución y cumplimiento.

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

FONDO DOCUMENTAL CEJUD