EDJ 2010/74065

Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 2ª, S 4-3-2010, nº 71/2010, rec. 397/2009
Pte: Velázquez de Castro Puerta, Fulgencio V.

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

Resumen

La AP desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y estima parcialmente el de la demandante, y en su virtud, se confirma que ha quedado acreditado la existencia de una sociedad irregular entre los litigantes, sin que se pueda declarar la ilicitud de la grabación telefónica como prueba, al ser uno de los intervinientes la actora. También se aumenta en esta alzada laos beneficios que se deben satisfacer al mismo por la actividad de la sociedad y se condena a la demandada al pago de las costas por haber actuado en el litigio con temeridad.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.217.2 , art.217.6 , art.328.2 , art.329.1 , art.382 , art.383 , art.386.1 , art.394.2 , art.479.bis
LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
art.11
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.18.1 , art.18.3 , art.24.2
RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1261 , art.1665 , art.1689 , art.1700.3
RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio
art.116 , art.119 , art.141 , art.222.1

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

COSTAS PROCESALES
- CRITERIOS PARA SU IMPOSICIÓN
  - Temeridad o mala fe

MEDIOS DE REPRODUCCIÓN
- INSTRUMENTOS DE FILMACIÓN, GRABACIÓN Y SEMEJANTES

SOCIEDAD CIVIL
- SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR
  - Normativa
  - Rendición de cuentas
  - Supuestos diversos

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acreedor,Deudor,Socio; Desfavorable a: Acreedor,Deudor,Socio
Procedimiento:Apelación, Juicio Ordinario

Legislación

Aplica art.217.2, art.217.6, art.328.2, art.329.1, art.382, art.383, art.386.1, art.394.2, art.479.bi de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
Aplica art.11 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
Aplica art.18.1, art.18.3, art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Aplica art.1261, art.1665, art.1689, art.1700.3 de RD de 24 julio 1889. Código Civil
Aplica art.116, art.119, art.141, art.222.1 de RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio
Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
Cita RD 1643/1990 de 20 diciembre 1990. Plan General de Contabilidad
Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil
Cita RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre SOCIEDAD CIVIL - SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR - Normativa, SOCIEDAD CIVIL - SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR - Rendición de cuentas, SOCIEDAD CIVIL - SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR - Supuestos diversos STS Sala 1ª de 3 abril 1991 (J1991/3434)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 29 noviembre 1984 (J1984/114)

Bibliografía

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el Jdo. 1ª Inst. e Instrucción núm. 2 de CIUDAD REAL, por el mismo se dictó Sentencia con fecha 6-7-2009, cuya parte dispositiva dice:

"Que estimo parcialmente la demanda deducida por la Procuradora de los Tribunales Dª Carmen Frías Gómez, en nombre y representación de D. Ramón, contra la mercantil Limpiezas Fernández, s.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Villalón Caballero, debiendo declarar extinguida toda relación que unía a las partes y debo condenar y condeno a la mercantil "Limpiezas Industriales Fernández, S.L. a abonar al actor la cantidad de 34.042,64 euros por el 50 % de los beneficios, 2.500,00 euros por el 1/3 del camión, y 7.111,97 euros por el 1/3 de las reservas constituidas, que hacen un total de 43.654.61 euros, dicha cantidad, devengará los intereses del fundamento jurídico sexto.

No se efectúa pronunciamiento en materia de costas."

Notificada dicha resolución a las partes, se interpusieron recursos de apelación por ambas partes, pero mientras que el formulado por Limpiezas Industriales Fernández fue impugnado por la contraria, no sucedió lo mismo en cuanto al articulado de contrario y cumplidos los trámites correspondientes fueron remitidos a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, señalándose para el acto de la votación y fallo el día 4 de marzo de 2010.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada tras declarar acreditado, en base a la grabación de una conversación telefónica existente entre el actor y el representante legal de la mercantil demandada y la documental aportada, que existió una sociedad mercantil irregular entre los litigantes, acuerda repartir los beneficios y las pérdidas de la misma correspondientes al periodo comprendido entre 1.998 y 2.003, lo que según la prueba pericial practicada asciende a 68.042, 64 euros, condenando a la entidad demandada a que abone al demandante la mitad 834.042, 64 euros), más otras cantidades por su participación en las reservas y el valor de los bienes, en concreto de un camión.

Frente a la citada resolución se alzan ambas partes en litigio.

La entidad Limpiezas Industriales S.A. alegando dos concretos motivos de impugnación de la sentencia. En primer lugar, la infracción de los artículos 24.2 y 18.3 de la C.E EDL 1978/3879. al no haberse invalidado como prueba la grabación de la conversación telefónica al haber intervenido una tercera persona, la hija del actor, y en segundo lugar, la errónea apreciación de la prueba e inaplicación de preceptos sustantivos del Código de Comercio EDL 1885/1 y subsidiarios del Código Civil EDL 1889/1 .

Por su parte el Sr. Ramón combate la sentencia alegando, error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, circunscrito en cuanto a los criterios empleados por el perito para la cuantificación de los beneficios, y subsidiariamente, que ha existido un enriquecimiento injusto a favor de la demandada que se beneficiaría de la totalidad del crédito fiscal derivado de las bases negativas del impuesto de sociedades cuando sólo le corresponde el cincuenta por ciento, y finalmente, se aduce la infracción del artículo 394.2 al entender que la demandada ha litigado con temeridad.

Recurso de apelación formulado por Limpiezas Industriales Fernández S.A.

SEGUNDO.- Insiste la mercantil demandada en el primero de sus motivos en la ilicitud de la grabación aportada a los autos como documentos 7, 14 y 15; prueba que fue declara lícita y admitida en la instancia tanto en la audiencia previa como en la vista donde se verificó su audición al reconocer ambas partes como propias y auténticas sus manifestaciones y no habiéndose apreciado violencia o intimidación en las mismas, sin que la intervención de un tercero, en éste caso la hija del apelado tenga incidencia y relevancia alguna pues se limitó materialmente a efectuarla.

El análisis de la ilicitud de la prueba pasa por tener en cuenta que la L. E. C. 1/2.000 ha regulado por vez primera la prueba de reproducción de la palabra o la imagen en los arts. 382 y 383; así pues, en principio, si la ley admite éstos medios de prueba, no puede calificarse como ilícita su aportación, sino tan solo en aquéllos casos en los que dicha prueba haya sido obtenida habiendo violado algún derecho fundamental del demandado, puesto que en ese caso tal prueba ha de rechazarse, incluso de oficio por el tribunal, al disponer el art. 11 de la L.O.P.J EDL 1985/8754 . que "En todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

Sentado lo anterior, el estudio de la admisibilidad de ésta prueba nos obliga a recordar la doctrina sentada por el TC, que en la sentencia 114/84 de 29 noviembre EDJ 1984/114 , que denegó el amparo por considerar que el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida, afirmando en el punto que aquí interesa que, el bien constitucional protegido es así -a través de la imposición a todos del secreto- la libertad de las comunicaciones, abarcando no sólo el proceso de comunicación, sino también el mensaje, y no solo el contenido de tal conversación, sino otros aspectos de la misma como, por ejemplo, la identidad subjetiva de sus interlocutores o de sus corresponsales. Más adelante, sigue diciendo el Tribunal Constitucional, no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige ni, implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la constitución EDL 1978/3879 , la retención por cualquier medio del contenido del mensaje...". Dicha retención, la grabación en este caso podía ser en muchos casos el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aún considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las conversaciones.

Ocurre en efecto, que el concepto del secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no al objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo intimo o lo reservado... quien emplea durante su conversación un aparato que permita copiar aquella conversación, no está violando el secreto de las comunicaciones, salvo que entrase en la esfera intima del interlocutor (art. 18.1). Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de un interlocutor o de sus corresponsales, el art. 18.3 se terminaría vaciando de sentido en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal, el art. 18.1 garantía ésta que, a contrario, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo solo al objeto de preservar dicha intimidad.

La grabación por ello de los interlocutores de la conversación no conculca acto alguno impuesto por el art. 18.3, quien graba una conversación, de otro atenta, independientemente de toda otra consideración al derecho reconocido en el art. 18.3 C. E.; por el contrario quien graba una conversación con otro no incurre por este solo hecho en conducta contraria al precepto constitucional citado. Por ello concluye la sentencia citada, afirmando, que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación, que graba ésta (que graba también, por tanto sus propias manifestaciones personales) la grabación en si, al margen de su empleo ulterior, solo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético derecho a la voz que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que si pueda existir en algún Derecho extranjero".

Esta doctrina está consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quién en sus sentencias de 11 de mayo de 1.994 y 30 de mayo de 1.995, tras aludir a la sentencia del TC. 114/84 EDJ 1984/114 precisaban que el secreto de las comunicaciones recogido como derecho fundamental de la persona en el sobre esta materia tan repetido art. 18.3 C. E. en un caso como el aquí examinado, no alcanza a aquél con quien se conversa y a quien libremente el interlocutor ha decidido manifestarle lo que ha considerado oportuno, sino que se refiere al tercero que, ajeno a la conversación, la intercepta de cualquier modo, que es lo que ahora constituye la conducta delictiva del art. 479 bis.; en definitiva, cuando una persona emite voluntariamente una opinión o secretos a su contertulio, sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite más o menos confiadamente, a los que le escuchan los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en reproche jurídico.

Postura esta ya definitivamente consolidada en las sentencias de 27 de noviembre de 1.997 y 18 de octubre de 1.998, en cuyo fundamento de derecho primero se destaca que, si la grabación de conversación telefónica sostenidas por otros, no autorizada judicialmente, implica vulneración del derecho del secreto de las comunicaciones protegido en él número 3 del art. 18, la grabación de una conversación telefónica sostenida con otro por el que la recoge magnetofónicamente, no integra lesión del mencionado derecho fundamental.

Sentado lo anterior, en el presente caso, el demandante que grabó, a través de su hija como mero instrumento o apoyo técnico para verificarla, una conversación mantenida con el Sr. Arturo, acerca de sus relaciones y vínculos asociativos y comerciales, no puede ser considerada como una prueba ilícita pues se trataba de una conversación entre las dos personas litigantes, sin intervención de un tercero, que sólo fue impugnada en cuanto a su admisión, no en cuanto a su contenido ni autenticidad, y que ha sido transcrita en la causa y admitido su contenido por los intervinientes; consiguientemente, no conculca, ni las disposiciones de la L.E.C. EDL 2000/77463 , ni ningún derecho fundamental, por lo que no puede ser declarada ilícita, máxime cuando no se ha cuestionado, es más ni siquiera se ha invocado, que se obtuviese empleando algún tipo con violencia o intimidación sobre los interlocutores, sino que estos actuaron libre y voluntariamente, en uso de sus plenas facultades volitivas y cognoscitivas. Por todo ello, decae el primero de los motivos de impugnación.

TERCERO.- Mediante el segundo de los motivos se cuestiona, por una parte, que la prueba practicada, esencialmente la susodicha grabación, es insuficiente para acreditar la existencia de sociedad, máxime cuando contraviene lo dispuesto por una sentencia dictada en la jurisdicción laboral, de ahí que sostenga que no ha existido acuerdo societario alguno de tipo verbal como señala el demandante, quién únicamente era un mero factor comercial, y por otra, se discute la validez de las sociedad irregulares mercantiles en nuestro ordenamiento jurídico.

Invirtiendo el orden de los argumentos hemos de decir que la doctrina y la jurisprudencia han venido denominando sociedades mercantiles irregulares a aquellas sociedades que persiguen un fin de lucro y el ejercicio de la actividad mercantil, lo que las excluye del ámbito civil pues, mientras las comunidades de bienes meramente implican la existencia de una propiedad en común y proindiviso perteneciente a varias personas, lo que se traduce en un mantenimiento y simple aprovechamiento plural, en las primeras, además de la existencia de un patrimonio comunitario, el mismo se halla preordenado al tráfico comercial, ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo con el fin de obtener ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles.

Sin que ello pueda quedar desvirtuado por el hecho de que no se hubiere dado cumplimiento al doble requisito del otorgamiento de la escritura e inscripción en el Registro Mercantil, exigidos por el art. 119 del C. Comercio pues, la inobservancia de tales requisitos no afecta a la validez del contrato, puesto que éste lo es entre los copartícipes, cualquiera que sea la forma de celebración, siempre que reúna los requisitos del art. 1.261 del C. Civil, admitiéndose la posibilidad de su concierto en documento privado y aún de forma

verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a la de las colectivas, con aplicación de la normativa específica del C. Comercio.

Si bien la omisión de los requisitos constitutivos antes referidos priva a la sociedad de personalidad jurídica propia e independiente de la de los socios, como se infiere de los artículos 116 y siguientes del citado C. Comercio. La definición de sociedad contenida en el artículo 116 del C. Comercio es sustancialmente idéntica a la del artículo 1.665 del C. Civil. Ambos parten de la idea de que mediante el contrato dos o más personas se obligan a poner en común bienes, servicios, o algunas de estas cosas con ánimo de repartir las ganancias. Sobre esta base la doctrina más extendida señala que son notas características del contrato de sociedad que se trata de un contrato en el que pueden participar más de dos personas, que los socios se obliguen por el contrato a hacer aportaciones que han de constituir un fondo común para repartirse las ganancias.

Son mercantiles las sociedades que no habiéndose inscrito en el Registro Mercantil ejerciten una actividad empresarial.

Este es el caso de las llamadas sociedades irregulares cuyo régimen es discutido, pero que deben calificarse como sociedades mercantiles, criterio que - según ha declarado el T.S.- se haya compartido en general por la doctrina y dentro de sus fluctuaciones por la jurisprudencia. Puede sin embargo considerarse como doctrina legal el considerar que las sociedades irregulares tienen naturaleza mercantil cuando su actividad pueda considerarse como tal. (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1.983).

En cuanto a la legislación aplicable a tal tipo de sociedades se asimilan a las sociedades colectivas y consiguiente aplicación de la normativa específica del C. Comercio que es acogida por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1988, que, con cita expresa de la de 21 de junio de 1983, afirma ser "evidentemente, en primer lugar, aplicable lo acordado y, en su defecto, las normas legales establecidas en los Códigos de Comercio y Civil, los cuales señalan entre las causas de extinción de las sociedades la muerte de cualquiera de los socios (artículos 222-1 y 1700-3, respectivamente), con. asimilación, como se ha razonado ya, de la sociedad irregular litigiosa a las colectivas mercantiles" (sentencia del Tribunal supremo de 3 de abril de 1.991 EDJ 1991/3434).

Bien cierto es que, a los efectos debatidos en la litis, tratándose de relaciones internas entre los socios, tanto conforme el régimen de la sociedad mercantil colectiva (art. 141 Código de Comercio EDL 1885/1) como a las normas civiles del contrato de sociedad (art. 1.689 CC EDL 1889/1), a falta de pacto expreso en contrario, los beneficios y las pérdidas se repartirán entre los socios a prorrata o en proporción al interés que cada uno tenga en la compañía o lo que cada uno haya aportado, por lo que, en suma, el reparto de beneficios que aquí se pretende procedería lo mismo se tratara de una sociedad civil o de una sociedad mercantil irregular, siempre claro está que quede acreditada la existencia de sociedad, lo que nos entronca con el primer aspecto del citado motivo.

CUARTO.- Admitida, según se ha expuesto, la posibilidad de que el concierto societario tenga lugar mediante forma verbal, la dificultad probatoria de su existencia es máxima, teniendo en cuenta, por un lado, que la carga que recae en la parte actora en tanto se trata del hecho básico constitutivo de su pretensión -art. 217.2 de la L.E.C EDL 2000/77463 .-, en la medida en que si no se prueba su existencia no habría lugar al reparto de beneficios, y por otro, que la única prueba directa de ello es la tantas veces citada grabación, a la que habría que añadir pruebas indirecta, indiciaria o presuntivas que lo corroboren.

Pues bien, sobre estas bases, esta Sala entiende, tras una nueva valoración de la actividad probatoria desplegada en la instancia, que ha quedado demostrada la existencia de sociedad, dándose por reproducidos los argumentos que se contienen en el segundo de los fundamentos de la resolución recurrida; en efecto, no sólo el contenido de la citada grabación que de forma unívoca denota la existencia de dicho acuerdo sino hay toda una serie de actos inequívocos expresivos de la voluntad contractual societaria tales como la actuación del actor como factor notorio con amplios poderes y facultades de gestión del negocio, hasta el punto de que tenía unas funciones que sobrepasan las propias de un empleado y que le permiten tener en su poder y a su alcance prácticamente toda la contabilidad de la sociedad, tal y como resulta de la prueba documental, o que resulta inexplicable que recibiese una cantidad importante en el año 1.998, sin que obtenga otra justificación que se trata del reparto de dividendos y no del abono de productividad (aspecto al que no se alude en la jurisdicción social), como sostiene la mercantil demandada. Ni la ausencia de un elemento que hubiese sido esencial y determinante para adverar los hechos como la declaración testifical del Sr. Fernando, no propuesto por ninguna parte y que hubiese esclarecido la realidad, ni el hecho de que el actor fuese trabajador por cuenta ajena de la sociedad, como lo reconoce y declara la sentencia de despido, contrarian lo ya expuesto toda vez que tratándose de pactos verbales y ocultos, precisamente esa condición y carácter frente a terceros avala y justifica el modo de obrar máxime cuando el propio representante de la demandada admite que tienen que liquidar y decidir si tienen que poner o repartir.

Por todo lo expuesto, el segundo motivo también debe ser rechazado.

Recurso de apelación formulado por Ramón.

QUINTO.- Se sustenta el primero de los motivos de impugnación en la existencia de error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba al quebrantar la sentencia los artículos 217.6, 328.2 y 329.1 y 386.1 de la L.E.C EDL 2000/77463 .; error que asienta, en síntesis, en que para la realización de la prueba pericial practicada (f. 295 y siguientes) sólo se ha tenido en cuenta la prueba documental aportada a su instancia, sin que la mercantil haya colaborado en su realización ni aportado documentación alguna; lo que ha provocado que, siguiendo el parecer del perito, el juez haya entendido que son gastos todos los reintegros de cuenta existentes, salvo que se demuestre que no merecen tal consideración.

Planteado así el motivo, todo el argumento impugnativo descansa en censurar la valoración que la sentencia realiza de la prueba pericial practicada por el Sr. Marcelino y que asume plenamente el juez a quo.

Se combate la misma, señalando, en primer término que la demandada no ha exhibido los libros y los documentos contables, lo que ha desvirtuado su resultado. Ello es cierto, pero también es verdad que la parte propuso la prueba indicando que se verificaría con los documentos contables que aportaba junto a la demanda y los que eventualmente pueda aportar la demandada. No puede, por ello, cuando no se ha interesado la exhibición de documentos que no se hallan a su disposición, escudarse en que la demandada tenía las fuentes

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

de prueba en su poder para tratar de desvirtuar las conclusiones del perito máxime cuando lo que se discute es que use como criterio contable que, a falta de prueba, los reintegros son computados como gastos.

Sentado lo anterior y descartado cualquier quebranto de las normas sobre las carga de la prueba o de los principios que rigen la misma todo el debate gira en el acierto o no del perito judicial al utilizar el anterior criterio. Extremo que rebate la parte aunque sin especificar porqué motivo es desacertado ese parámetro cuando no hay soportes documentales que permitan inferir que no son gastos. As más el citado parámetro, se considera razonable y lógico, como bien señala la sentencia de instancia, si se tiene en cuenta que el recurrente era quién, de facto y realmente, gestionaba y administraba la sociedad, tal y como se ha expuesto, lo que le posibilitaba no sólo conocer toda la documentación contable que estaba a su disposición sino que era quién la tenía, pese a que figurase a nombre de la mercantil demandada; exponente de ello es que la ha podido aportar al pleito sin mayor dificultad. En consecuencia, el criterio del perito ni es ilógico ni meramente voluntarista o infundado sino que parte, por un lado, de la realidad incontestable de que existían esos reintegros sin soporte documental, y por otro, de la situación fáctica de que quién gestionaba la misma, los tenía a su alcance y en su poder. No se trata, por ende, de exigir una prueba diabólica al apelante, sino que es él quién pueda presentar los justificantes de los reintegros y si no los ha aportado, con independencia de lo dispuesto en el plan general de contabilidad EDL 1990/15621 , lo razonable es equipararlos a gastos.

A mayor abundamiento, desde otro ángulo y por una mera razón lógica derivada de máximas de experiencia, resulta absurdo entender lo contrario; en efecto, no parece razonable, pues superaría todos los ratios previsibles de rentabilidad, que en una sociedad de ese tipo con unos ingresos brutos de escasamente algo más de seiscientos mil euros se tuviesen unos beneficios de casi quinientos cincuenta mil euros y sólo unos gastos de cincuenta y seis mil. No sólo la rentabilidad económica sería desproporcionada sino que contrasta con la que admite el apelante en su demanda al señalar en el segundo de los hechos que durante los años 1.993 a 1.997, con unos ingresos brutos de ochenta y tres millones de las antiguas pesetas el beneficio neto fuese de algo más de treinta millones, es decir frente a una rentabilidad del treinta y seis por ciento de los ingresos brutos se habría pasado, sin razón o causa justificada alguna, a una rentabilidad equivalente a más del noventa por ciento de las entradas.

Corolario de lo expuesto, es que no existe razón alguna que justifique que nos apartemos del criterio lógico, racional y fundado del perito, base de la decisión judicial, máxime cuando a las anteriores razones se une que no existe ningún otro informe pericial que sólidamente los rebata y las consideraciones anteriores, amén de fundadas, proceden de un perito designado judicialmente y, por tanto, impregnado de notas de objetividad e imparcialidad.

SEXTO.- El segundo motivo, subsidiario del anterior, se sustenta en que, al igual que el perito a la hora de calcular los beneficios detrae la cuantía del impuesto de sociedades, también deberían incrementarse aquellos en función de que habiendo sufrido pérdidas en negocio durante los dos últimos ejercicios (año 2.001 y 2.002), esas bases imponibles negativas pueden verse compensadas en los ejercicios siguientes, lo que propicia que el actor fuese acreedor de la mitad del crédito fiscal que en base a ello obtuviese la sociedad demandada y que cifra en 10.996, 16 #.

Cierto es que en base a la indicada pericial en los dos últimos ejercicios no existirían ganancias y, por tanto, beneficios a los que aplicar el impuesto de sociedades. También es verdad que si la entidad demandada era quién tributaba por la totalidad de los beneficios obtenidos, lo que justifica que para calcular el reparto equitativo de las ganancias se detraiga el importe del referido impuesto. De igual manera, la existencia de pérdidas propicia en la mercantil apelada la posibilidad de compensar esas bases negativas en los ejercicios siguientes de su sociedad. Posibilidad que alcanza, por idénticas razones, no a una parte de las mismas sino a la totalidad. Por consiguiente, para el cálculo de los beneficios y a fin de no generar un enriquecimiento injusto a la demandada derivado de un crédito en parte de titularidad del actor resulta equitativo incrementar la cantidad de los beneficios en función del importe estimado de la mitad del crédito fiscal que se deriva de dichas pérdidas, lo que propicia que se acoja parcialmente el recurso, elevándose en 10.996, 16 euros.

SÉPTIMO.- Finalmente el último motivo se dirige a cuestionar el pronunciamiento que sobre costas contiene la sentencia de instancia pues aduce que aunque la estimación de la demanda es parcial la entidad apelada ha litigado con temeridad. Su fundamento lo encuentra en que la misma se ha limitado a negar los hechos, adoptando una actitud meramente pasiva sustentada en la existencia de un acuerdo verbal difícil de probar y sin la más mínima razón.

Sabido es que el criterio subjetivo de la temeridad se mantiene en la regulación actual, al igual que en el antiguo art. 523, como excepción a la regla de la no imposición de costas a ninguna de las partes en los supuestos de vencimiento parcial.

Por litigante temerario se ha entendido tradicionalmente aquel que sostiene una pretensión injusta sabiendo que lo es o que hubiera podido saberlo si hubiese indagado con más diligencia los fundamentos de tal pretensión. No lo es cuando las razones de las dos partes son opinables o seriamente discutibles. Mucho menos cuando el asunto en sí es dudoso o confuso por razones de hecho o sí jurídicamente admite distintas soluciones. Por ello las tesis razonables, si además son sostenidas con buena fe procesal, alejan la actuación de la parte de la temeridad, que exige siempre conciencia real o posible de la injusticia

El precepto citado contiene un concepto amplio de la temeridad que da cabida tanto a la temeridad en sentido estricto como a la mala fe, lo que significa, en orden a la imposición de costas, que la temeridad engloba la mala fe -ello es lógico, pues no resultaría explicable que las costas se impusiesen a quien obra con indiligencia o irreflexión y no a quien lo hace con dolo o malicia-, pero no al contrario, pues la mala fe no comprende la temeridad estrictamente entendida.

Atendiendo a los conceptos expuestos y extrapolados al presente caso, esta Sala entiende que el juicio de temeridad achacable a la mercantil demandada debe ser favorable. En efecto, basta observar su actitud procesal durante todas las fases del proceso, poco sincera en su comportamiento y obstruccionista, basada en negar la existencia de sociedad, bajo la premisa de las grandes dificultades probatorias que comporta la pretensión del actor, para inferir que se ha escudado en ellas para defender una pretensión que conocía era injusta por lo que ha litigado con temeridad.

No tiene relevancia en ello pero sí es conveniente afirmar también que aún cuando la estimación de la demanda ha sido parcial, ello obedece más a que no se adecua en su cálculo a los beneficios que se presumen obtenidos y al porcentaje de distribución de las reservas que corresponde al actor que a lo que es el contenido sustancial de la misma, esto es la existencia de la sociedad, su resolución convencional y el abono de la mitad de los beneficios.

En base a lo expuesto anteriormente y obviando lo señalado en el párrafo precedente entendemos que se pueda catalogar que la demandada ha actuado, sin duda, temerariamente en el proceso, lo que conlleva que sea acreedora de que se le impongan las costas causadas en primera instancia, todo ello de conformidad con el inciso final del art. 394.2 de la L.E.C. EDL 2000/77463 .

OCTAVO.- En atención a lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por Limpiezas Industriales Arturo y estimar parcialmente el articulado por Ramón, lo que conlleva que se impongan a la primera el pago de las costas ocasionadas por su recurso y sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las causadas por el demandante, todo ello por aplicación de los artículos 398.1 y 2 de la L.E.C. EDL 2000/77463

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de Limpiezas Industriales Fernández S.A. y estimamos parcialmente el articulado por Ramón y revocamos parcialmente la sentencia dictada de seis de julio de dos mil nueve, únicamente en el sentido de señalar que la cantidad a abonar por la mercantil al actor por el cincuenta por ciento de los beneficios asciende a CUARENTA Y CINCO MIL TREINTA OCHO EUROS CON OCHENTA CÉNTIMOS (45.038, 80 #) e imponer a la demandada el pago de las costas causadas en primera instancia, todo ello con expresa imposición de las generadas por el recurso planteado por Limpiezas Industriales Fernández S.A. a dicha parte y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las causadas por el articulado por Ramón.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico.

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Número CENDOJ: 13034370022010100109

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.