



Roj: **AAP M 4874/2018** - ECLI: **ES:APM:2018:4874A**

Id Cendoj: **28079370142018200199**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **08/11/2018**

Nº de Recurso: **398/2018**

Nº de Resolución: **257/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PABLO QUECEDO ARACIL**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 6 - 28035

Tfno.: 914933893/28,3828

37007750

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0129867

Recurso de Apelación 398/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 90 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 658/2017

APELANTE: BURLINGTON LOAN MANAGEMENT LIMITED

PROCURADOR Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

APELADO: HOTELES COMARRUGA SA

PROCURADOR D. JOSE CECILIO CASTILLO GONZALEZ

AUTO

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. PABLO QUECEDO ARACIL

D. JUAN UCEDA OJEDA

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

Siendo Magistrado Ponente D. PABLO QUECEDO ARACIL

En Madrid, a ocho de noviembre de dos mil dieciocho.

La Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los presentes autos sobre juicio Ordinario nº 658/2017, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 90 de Madrid, en los que aparece como parte apelante BURLINGTON LOAN MANAGEMENT LIMITED, representada por la Procuradora Dña. MARÍA JOSÉ BUENO RAMÍREZ y defendida por los Letrados D. BORJA FERNÁNDEZ DE TROCÓNIZ ROBLES y D. LUIS VALDENEBRO FERNÁNDEZ, y como apelada HOTELES COMARRUGA, S.A., representada por el Procurador D. JOSÉ CECILIO CASTILLO GONZÁLEZ y defendida por el Letrado D. FERMÍN MARTÍN KIRNER, todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el mencionado Juzgado, de fecha 9/02/2018.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 90 de Madrid se dictó Auto de fecha 9/02/2018., cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Se deja sin efecto el Auto de fecha 20/10/2017 y, se acuerda la Inadmisión de la demanda de procedimiento ordinario instada por el procurador de los Tribunales don José Cecilio Castillo González en nombre y representación de HOTELES COMARRUGA S.A frente a BURLINTON LOAN MANAGEMENT LTD"

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada BURLINGTON LOAN MANAGEMENT LIMITED al que se opuso la parte apelada HOTELES COMARRUGA, S.A., y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 24 de octubre de 2018.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

No se aceptan los fundamentos jurídicos del auto apelado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El debate.

El 20-10-2017 se emplazó al demandado para contestar la demanda de retracto de crédito litigioso, instada por HOTELES COMARRUGA S.A.

En el auto de admisión a trámite, se acordaba oír al demandado, para que acreditara el precio pagado por el crédito, o se pronunciara sobre la caución ofrecida por el actor, hasta que fuera conocido el precio del crédito, ex Arts. 1535 C.C. y 266.2 LEC.

El 11-11-2017 se contestó a la demanda, acompañando documentación acreditativa del precio pagado por la cesión del de crédito, por un total de 19.183.815,73 € por principal e intereses.

El 8-1-2018 se dictó Providencia dando al actor el plazo de nueve días para consignar el importe de la cesión, más los intereses posteriores, sin que en el plazo fijado se depositasen las cantidades mencionadas.

El 9-2-2018 se dictó auto acordando la inadmisión de la demanda por falta de consignación de conformidad con el artículo 269.2 LEC, dejando sin efecto el auto que admitía a trámite la misma y sin expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Recurso del demandado.

Partimos de la alegación segunda, ya que la primera se dedica a fijar los antecedentes

SEGUNDA.- LAS COSTAS DEBEN IMPONERSE A LA ACTORA

No existe en nuestro ordenamiento una definición legal de las costas procesales más allá de la enumeración que realiza el artículo 241.1 de la LEC sobre los conceptos que han de entenderse incluidos.

Ante esta omisión, la doctrina ha definido las costas procesales de forma muy diversa.

Así por ejemplo han sido definidas como "el conjunto de desembolsos de carácter dinerario efectuados dentro de un proceso determinado que guardan con éste una relación de causalidad y necesidad, cuyo pago corresponde normalmente a quienes ocupan la posición de parte y de los que una de ellas puede resarcirse si se produce la condena en costas de la contraria".

Pero lo que a esta parte interesa no es tanto el concepto sino el fundamento de las costas procesales, esto es, el fin que se persigue con la condena en costas.

En este sentido, la doctrina entiende que el propósito de la condena en costas radica en que la necesidad de una parte de servirse del procedimiento para obtener la razón de sus pretensiones no se vuelva en contra de quien demuestra que tiene la razón.

Teniendo en cuenta que en la actividad del Estado, para obrar la actuación de la Ley, requiere tiempo y gastos, es necesario impedir que aquél que se encuentra en la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón sufra daño por el tiempo y por el gasto requerido: la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene la razón, éste es el principio.



Este mismo principio ha sido compartido por el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones en las que dictaminó que "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón".

De las interpretaciones que la doctrina y la jurisprudencia llevan a cabo del fundamento de la condena en costas recogida en los artículos 394 y siguientes de la LEC se desprende que la finalidad consiste en impedir que aquella parte que tiene la razón tenga que soportar los gastos que ha conllevado la defensa de sus acertadas pretensiones en dichas actuaciones

En el caso que nos ocupa, y como se desprende del auto que aquí se recurre, la actora no ha procedido Providencia del juzgado de instancia por medio de la cual se le instaba a consignar en un plazo determinado, de que esta exigencia constituía un requisito de procedibilidad cuyo incumplimiento determinaría la automática inadmisión de la demanda por disponerlo asimismo de conformidad con las exigencias de consignación previstas en los artículos 266.2 de la LEC y 1535 del CC para el ejercicio de la acción de retracto de crédito litigioso.

Este comportamiento no puede ser considerado sino como una suerte de desistimiento tácito de la actora en sus pretensiones toda vez que era perfectamente conocedora, pues así se hizo constar en la el artículo 269.2 de la LEC.

En este sentido, la jurisprudencia ha asimilado el desobedecimiento de un requerimiento a un desistimiento tácito de la parte que desobedece.

La condena en costas en caso de desistimiento de la actora en sus pretensiones encuentra en el artículo 396 de la LEC que establece que para que producido el desistimiento actora, la parte demandada deberá no consentir al mismo pues en el caso de que se le impongan las costas del procedimiento devengadas hasta ese momento a la parte haya mediado consentimiento para desistir de la parte demandada, no se condenaría en costas a ninguno de los litigantes.

Sin embargo, el aludido precepto no contempla el supuesto, muy frecuente y por otra parte perfectamente entendible, en el que la parte demandada muestre su conformidad con el desistimiento en lo que se refiere al abandono del proceso iniciado, por entender que la acción ejercitada por la actora carecía de fundamento, pero al mismo tiempo desee que se le resarzan los gastos incurridos hasta ese momento por medio de la oportuna condena en costas a la actora que desiste a sabiendas de los efectos que dicho desistimiento conlleva.

Especialmente si dicho desistimiento ha acaecido con posterioridad a que la parte demandada procediese a contestar la demanda por haber propiciado la actora con su comportamiento una llamada innecesaria del demandado al proceso, como ocurre en nuestro caso.

Este planteamiento resulta tan coherente y su falta de previsión legal es tan manifiesta que la propia Audiencia Provincial de Madrid ha determinado que carece de fundamento alguno obligar a la parte demandada a no consentir al desistimiento esgrimido por la actora con el solo fin de cobrar las costas procesales -como requiere el citado artículo 396.1 de la LEC ya que sus intereses se ven satisfechos con el propio desistimiento:

A las tres actitudes procesales examinadas cabe añadir una cuarta, cual es la que se produce cuando el demandado está conforme o no se opone a que se tenga por desistido ,ya que sería abusivo, como se razona por la Audiencia Provincial de Zamora en el auto de 12 de febrero de 2003 , exigir al demandado su oposición al desistimiento con el propósito de obtener exclusivamente un pronunciamiento favorable sobre costas, cuando sus intereses, salvo los relativos a los gastos procesales que se le han ocasionado injustificadamente, quedan satisfechos con el desistimiento del actor.

Para mayor abundamiento nos remitimos al auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de abril de 2011 (JUR 2011 \ 164346).

El planteamiento esgrimido en la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid resulta a todas luces congruente con el fundamento último que se persigue con la condena en costas, y que como se ha recogido previamente en estas líneas, no es otro que el de evitar que quien se vea en la necesidad de acudir a un proceso para obtener la razón sufra daño por el tiempo y gastos requeridos, cuando del devenir de las actuaciones procesales se demuestre que tenía la razón.

Esto es lo que ocurre en el presente procedimiento: mi mandante se vio obligado a contestar a una demanda para defenderse de una pretensión mal planteada por la actora, lo que provocó que se incurriese en unos costes de personación y de defensa que, de no ser abonados de contrario, supondrían un perjuicio injustificable a esta parte.



Sin embargo, la LEC no resuelve el supuesto de autos, de que la parte demandada no se oponga al cierre del proceso por el desistimiento del actor, pero solicite la condena en costas. En este caso, entender que el desistimiento ha sido aceptado sin más lleva a resultados profundamente injustos y contrarios, por demás, al principio general del vencimiento, que aunque no sea operativo strictu sensu al finalizar el proceso antes de su conclusión, sí que se asienta en la necesidad de que, quien obliga a otra parte a concurrir a un proceso judicial a defenderse de una pretensión sin fundamento jurídico o mal planteada, debe cubrir los gastos que la personación y defensa ineludiblemente causa a quien se defiende, pues de lo contrario el proceso le causa un perjuicio injustificable.

Por esta razón, es erróneo considerar que el consentimiento prestado por el demandado al desistimiento es ajeno a la condena en costas: el consentimiento de la parte la innecesariedad de proseguir todo el trámite procesal sólo para decidir sobre las costas demandada abarca todas las condiciones y consecuencias del desistimiento, por lo que, admitida causadas, pero expresada con claridad la oposición del demandado a sufragar por sí mismo las que el actor le ha causado, no puede decirse que el desistimiento es bilateral y consentido.

TERCERO.- Las demandas de retracto .

Es rigurosamente cierto que la demanda de retracto es una demanda reglada, en el sentido de que además del título debe acompañarse el documento de consignación del precio de venta del bien retraído, y en su caso caución para garantizar la consignación del precio en cuanto sea conocido, Art.266.2 L.E.C., debiendo inadmitirse a trámite, Art.269 L.E.C., cuando no se acompañan los documentos exigidos.

Examinados los autos vemos que la demanda se admitió a trámite por auto de 20-10-17, f.200, sin ninguna objeción sobre el título, acompañando ingreso bancario de 3000€ como caución para responder de la consignación del precio tan pronto fuese conocido, y ordeno el emplazamiento del demandado.

El Juez de Instancia no se pronunció sobre la caución, limitándose a ordenar que se oyera a la parte contraria, y con sus alegaciones hechas en el escrito de contestación a demanda, se acordaría sobre la fijación de la caución del Art.266 L.E.C.

El auto de admisión a trámite gana firmeza, y el demandado contestó, f.207 diciendo, Art.266.2 L.E.C., 1518 y 1535 C.C., que el precio pagado por el crédito que se quería retraer era de 17.755.942,05€ de principal más 1.427.875,67€ de intereses, cantidades que el demandante debía consignar en el plazo de nueve días.

Por providencia de 8-1-2018, f.309, se requirió a la actora para que consignara las cantidades expuestas más arriba, acreditándose por D.O. de 6-2-2018, f.312, que el actor no había consignado los importes necesarios.

Al llegar a este punto la solución procesal correcta era la de declarar caducada la acción de retracto, y sobreseer el proceso con costas al actor, pero no se hizo así.

Se hizo algo extraño, revocar de motu proprio el auto de admisión a trámite, cosa imposible porque el juez está vinculado por sus propias resoluciones, que no puede revocar de oficio por acto de contrario imperio, por impedirselo el Art.207 L.E.C.

Salvo por vía de recurso, o por incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, no cabe inadmitir la demanda después de haber sido admitida, y contestada por el demandado.

CUARTO.- Decisión de la Sala

Con arreglo a lo expuesto, la solución teórica sería dar audiencia a las partes para nulidad de actuaciones, para que el Juez de Instancia se pronunciara sobre la caducidad de la acción de retracto, pero amen de lenta, sería inútil, porque el Art.465.3 L.E.C. permite llegar al mismo resultado con mayor rapidez, y sin merma para nadie.

El citado Art.465.3 L.E.C. permite corregir en vía de recurso las infracciones procesales cometidas en la resolución de instancia, lo que nos faculta para revocar el auto de instancia, declarar la caducidad de la acción de retracto, al estar acreditado de forma indisputable que el precio de la venta del crédito más sus intereses no fueron consignados en el plazo legal de nueve días, sobreseer el proceso, e imponer las costas de 1ª Instancia al retrayente.

QUINTO.- La condena en costas

Las costas son un crédito de la parte, y no de los profesionales que la defienden y representan (por todas S.T.C. 26-2-1990). Es obligación legal de carácter procesal impuesta en sentencia o resolución equivalente, en función del resultado del pleito y que se ejecuta como un aspecto más de ella. Es pecuniario, de contenido limitado, e ilícido, pero liquidable por procedimientos privilegiados y ajenos al común de liquidación de cantidades ilícidas. Entra como un activo más en el patrimonio del acreedor, no está sujeto a orden de imputación que



obligue a destinarlo al pago de los gastos procesales, y no goza de más preferencia que la consignada en el Art.1924 C.C., salvo los supuestos de los Arts. 619 y 620 L.E.C. de 2000.

Su justificación última reside en la tutela judicial efectiva del vencedor.

Para defender su derecho debe acudir a los tribunales, y parece un contrasentido que una vez que obtiene el reconocimiento de su derecho no pueda la recuperar, al menos parcialmente, el coste de que le ha supuesto ese reconocimiento.

Si no se le reconociera al vencedor el crédito de costas, se le estaría denegando tutela, y se estarían propiciando actos de terrorismo procesal: si se gana el pleito es de justicia que se trasladen al vencido los gastos que supuso el proceso.

La incidencia de la buena fe en el sistema de imposición es muy relativa, ya la buena fe es el estándar de conducta esperado en el mundo jurídico en general, Art. 6 C.C., y en el procesal Art.247 L.E.C., por lo que su presencia no puede generar la absolución de costas; es un acto debido.

En el sistema general de la L.E.C. el único criterio de imposición de costas es el vencimiento como manifestación del principio de causalidad, en el que la buena fe tiene muy poco que ver, hasta el punto de no estar prevista como causa de absolución de costas; lo que está previsto es la mala fe como motivo de agravación de la condena.

Con arreglo a estas ideas, hemos examinado los autos, y nuestra conclusión es que procede la condena en costas.

La caducidad de la acción de retracto es un supuesto de vencimiento objetivo, ya que la continuación o clausura del proceso depende de un acto del actor; consignar el precio de venta del crédito, y si no lo hace causa un perjuicio al demandado que contesto a la demanda.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. EL REY, y por la autoridad que el pueblo nos confiere

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAMOS el recurso de apelación, formulado por la representación procesal de **BURLINGTON LOAN MANAGEMENT LTD**, contra el auto dictado por el juzgado de 1ª Instancia N° 90 de los de esta Villa, en sus autos N° 658/2017, de fecha nueve de febrero de dos mil dieciocho

REVOCAMOS dicha resolución, y sustituimos su parte dispositiva por la siguiente:

1º.- DECLARAMOS CADUCADA la acción de retracto instada por **HOTELES COMARRUGAS.A.**, al no haber consignado en plazo legal las cantidades a que se refiere el Art.1535 C.C.

2º.- SOBRESEEMOS el proceso

3º.- IMPONEMOS al actor las costas de 1ª Instancia, y **NO HACEMOS** expresa condena en las causadas en esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos./as. Sres./as. Magistrados arriba reseñados.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

En Madrid, a treinta de noviembre de dos mil dieciocho.

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