

# **Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, Auto de 8 Abr. 2011, rec. 3071/2011**

Ponente: Moreno Galindo, Ana.

Nº de Auto: 26/2011

Nº de Recurso: 3071/2011

Jurisdicción: CIVIL

LA LEY 138092/2011

Texto

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA**

**GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA**

**Sección / Sekzioa: 3ª/3.**

SAN MARTIN 41-2ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000713

Fax / Faxes: 943-000701

N.I.G. / IZO: 20.05.2-10/011721

R.apelación L2 / 3071/2011

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Donostia / Donostiako Lehen Auzialdiko 8 zk.ko

Epaitegia

Autos de 13/2010 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: BANCO SANTANDER S.A.

Procurador/a/ Prokuradorea:PABLO JIMENEZ

Abogado/a / Abokatua: JORGE CARAMES PUENTES

Recurrido/a / Errekurritua: XCE--- S.L.

Procurador/a / Prokuradorea: INMACULADA BENGOCHEA

Abogado/a/ Abokatua: JOSEMARIA RUIZ DEL CERRO

**A U T O N° 26/2011**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

**ILMO/A SR/A PRESIDENTE:** D/Dª JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL

**MAGISTRADO/A:** D/Dª IÑIGO SUAREZ DE ODRIUZOLA

**MAGISTRADO/A:** D/Dª ANA MORENO GALINDO

**LUGAR:** DONOSTIA - SAN SEBASTIAN

**FECHA:** ocho de abril de dos mil once

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de San Sebastián, se dictó auto con fecha 11-11-2010 y auto aclaratorio , que contiene el siguiente FALLO: "

Que estimando en parte la pretensión cautelar postulada por la empresa XCE-- SL acuerdo que, siempre y cuando la referida empresa preste, en el plazo de diez días desde la notificación de esta resolución, una caución de 30.000 euros en cualquiera de las modalidades previstas en el [artículo 529 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) , **durante la pendencia de este proceso no sean exigibles las liquidaciones que el Banco Santander SA pueda girar al amparo de los contratos suscritos entre las partes hoy litigantes el 30 de junio de 2008 con la denominación "contrato Marco de Operaciones financieras" y "Confirmación de Swap ligado a inflación"**.

Se condena en costas a la parte demandada.

1.- Se acuerda **RECTIFICAR** AUTO nº 340/2010 dictado en 11/11/2010 en el presente procedimiento.

2.- La referida resolución queda definitivamente redactada en el particular señalado en la parte dispositiva de la siguiente forma:

*Que estimando en parte la pretensión cautelar postulada por la empresa XCE--, S.L. acuerdo que , **durante la pendencia de este proceso no sean exigibles las liquidaciones que el Banco Santander SA pueda girar al amparo de los contratos suscritos entre las partes hoy litigantes el 30 de junio de 2008 con la denominacion "contrato Marco de Operaciones Financieras" y "Confirmación de Swap ligado a inflación"***

**SEGUNDO.-** Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpueso recurso de apelación contra ella, que fué admitido y previa la formulación por las partes de los oportunos escritos de alegaciones, se elevaron los autos a este Tribunal, dictándose resolución señalando día para la deliberación , votación y fallo.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

**VISTO.-** Siendo Ponente en esta instancia el Illma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> ANA MORENO GALINDO.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Por la parte recurrente se interpone recurso de apelación frente a la resolución de instancia solicitando su revocación y que en su lugar se dicte otra por la cual no se le impongan las costas al recurrente.

El presente recurso de apelación se fundamenta en un único motivo por entender que no es de aplicación al presente supuesto el [art. 394 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) , ello por las siguientes razones:

- 1.- En los supuestos de estimación de una medida cautelar no cabe hacer pronunciamiento sobre las costas al no preverse en el [art. 735 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) .
- 2.- El hecho de estar en situación procesal de rebeldía no es motivo que deba ser tenido en cuenta para imponer las costas.
- 3.- Se estima parcialmente la pretensión de la actora, por lo que no existe una estimación íntegra de su pretensión que permita la imposición de costas.

**SEGUNDO.-** Tal y como ha quedado formulado el anterior recurso de apelación, el mismo se contrae a combatir únicamente la condena en costas que contiene la resolución de instancia, a través de la cual, la juzgadora a quo condena a la parte demandada al pago de las mismas al haberse estimado en esencia la pretensión de la parte actora.

Debemos recordar que nos encontramos ante un procedimiento de solicitud de medida cautelar que se rige por las disposiciones contenidas en el Título VI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y en este sentido tiene razón la parte recurrente, cuando sostiene que el [art. 735 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) no contiene indicación alguna que permita la imposición de las costas en el caso de estimarse la solicitud de medida cautelar invocada, sin que dicha falta de previsión permita acudir al principio del vencimiento previsto en el núm. 1 del [artículo 394 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) ya que dicha remisión sólo cabe en materia de cautelares cuando el juzgado realiza un pronunciamiento denegatorio de las medidas interesadas, tal como se desprende del núm. 1 del artículo 736 de dicho texto legal.

En ese caso el solicitante de la medida deberá responder de las costas derivadas de su improcedente petición. En cambio, no existe tal previsión cuando el auto hubiera acordado las medidas ([artículo 735 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#)), por lo que no cabría realizar la automática extrapolación que efectúa la juzgadora de instancia de una previsión legal que regula el pronunciamiento en costas que correspondan a la fase de juicio declarativo (como expresamente señala el núm. 1 del [artículo 394 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#)), donde el principio del vencimiento tiene su sentido puesto que se verifica un enjuiciamiento definitivo a favor de uno u otro litigante y no un mero juicio provisional e indiciario como el que se practica en el ámbito cautelar. La justificación de que no se efectúe condena en costas a la parte demandada en sede de medidas cautelares, amén de la mencionada ausencia de previsión legal al respecto (que sí existe,

en cambio, cuando media un incidente de oposición en las adoptadas inaudita parte - [artículo 741.1 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#)), deriva de que el trámite cautelar no es un paso preceptivo para poder obtener la tutela judicial sino adicional y potestativo para el demandante, que puede conseguir el beneficio de que, si cumple ciertos requisitos y afianza la responsabilidad en que pudiera incurrir si más adelante se desestimase su demanda, se anticipen determinados efectos o actuaciones a él favorables en una fase inicial del litigio, cuando todavía está pendiente la definitiva resolución que demanda en defensa de sus derechos. De lo que el demandado vencido debe responder es precisamente del coste que ocasione al actor verse obligado a tener que seguir el preceptivo juicio para poder satisfacer su derecho, pero no de lo que corresponda a un trámite potestativo como lo es el cautelar, en cuyo caso cada cual correrá con sus propias costas , salvo que se desestimase la solicitud de la parte actora.

En definitiva, la Sala estima que cuando se adoptan medidas cautelares no cabe la condena en costas a la demandada. Si la intención del legislador hubiera sido la de extender el tratamiento de las costas con remisión al artículo 394 de la L.E.C a ambos supuestos, no hubiera individualizado su tratamiento o, en todo caso, hubiera redactado el ultimo inciso del apartado 1 del artículo 736 de la L.E.C para que resultara aplicable al supuesto de adopción de medidas cautelares; en la medida que no lo es, debemos distinguir un tratamiento autónomo de cada uno de los supuestos, adopción de medidas o denegación de medidas, con las consecuencias de imponer las costas a la parte que las ha solicitado solo para el segundo supuesto.

Es por lo expuesto por lo que el presente recurso de apelación debe ser estimado.

**TERCERO.-** La estimación del recurso conlleva que no se efectue pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada ([art. 398 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#)).

## **PARTE DISPOSITIVA**

Que ESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la entidad Banco de Santander SA frente al Auto dictado en fecha 11 de noviembre de 2.010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de esta ciudad , debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha resolución únicamente en cuanto a la condena en costas que contiene, no debiéndose imponer las causadas en la primera instancia ninguna de las partes, y sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las generadas en esta alzada.

Devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Frente a la presente resolución se podrá interponer recurso de **casación** , en los supuestos prevenidos en el art. 477 de la L.E.Civil y recurso **extraordinario por infracción procesal** de conformidad con el art. 469 de la L.E.Civil y artículos 466 y 467 del mismo texto legal, en el plazo de CINCO DIAS ante esta Sala (art. 208 - 4º de la L.E.Civil).

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2000 para la interposición de los recursos anteriormente mencionados será precisa la constitución de depósito en la cuenta de esta Sección num. 1895 0000 00 núm. de procedimiento.

Dentro del plazo legal devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia junto al testimonio de la presente resolución para su ejecución y cumplimiento.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos/as. Sres/as. que lo encabezan. Doy fe.

MAGISTRADOS/AS

EL/LA SECRETARIO JUDICIAL