

EDJ 2011/273513

AP Las Palmas, sec. 4ª, S 17-10-2011, nº 351/2011, rec. 560/2010

Pte: Corral Losada, Mª Elena

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL

SUPUESTOS DE INDEFENSIÓN

ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

REQUISITOS

PARTICIÓN DE LA HERENCIA

OPERACIONES PARTICIONALES

Inventario y avalúo

PROCEDIMIENTO DEL ART. 41 LH

PROCEDIMIENTO

Juicio verbal

Demanda de contradicción

Caución previa

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.20 de 1/1996 de 10 enero 1996. Asistencia Jurídica Gratuita

Cita art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia No. 2 de Las Palmas, se dictó Sentencia en el referido procedimiento cuya parte dispositiva literalmente establece: "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Manuel de León Corujo, en nombre y representación de Holding Inmobiliario Barber S. A., DEBO ACORDAR Y ACUERDO la restitución a la parte actora de la plena propiedad de la finca inscrita a su favor, autorizando a la entidad actora al cambio de cerraduras y accesos, a costa de los demandados, D. Daniel y Dna. Verónica, requiriéndoles para que se abstengan de intentar cualquier acto de posesión o dominio sobre el fundo de la actora; y todo ello con expresa imposición de las costas procesales generadas a los demandados.

SEGUNDO.- Dicha Sentencia, de fecha 2 de octubre de 2003 se recurrió en apelación por la parte actora, interponiéndose tras su anuncio el correspondiente recurso de apelación con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo. Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. Sin necesidad de celebración de vista se señaló día y hora para discusión, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que estimó la demanda en la que se pretendía la recuperación de posesión de finca inscrita en el Registro de la Propiedad por su titular conforme al art. 41 de la Ley Hipotecaria, sin permitir la formulación de demanda de contradicción por no haberse prestado la caución de 30.050 euros fijada por el juez de instancia -la solicitada en la demanda-, se alza la parte demandada alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por encontrar que la fijación de caución como presupuesto procesal de la formulación de demanda de contradicción por el demandado, al que se había concedido el beneficio de Justicia Gratuita, impide su acceso a la Justicia y consecuentemente denegación de tutela judicial efectiva.

SEGUNDO.- La jurisprudencia menor mayoritaria de las Audiencias Provinciales entiende que la exigencia de caución prevista en el art. 41 de la LH como exigible para admitir al demandado la formulación de demanda de contradicción no supone violación del derecho

a la tutela judicial efectiva, ni siquiera cuando el litigante que haya de prestarla tenga derecho a la Justicia Gratuita, desde que la caución se presta para responder de los danos y perjuicios que se pudieren causar al titular registral del derecho sobre la finca por la cuando menos aparente infracción de su derecho publicado por el Registro de la Propiedad, sin que el derecho a la Justicia Gratuita permita la exención de cauciones para responder de danos y perjuicios que se pudieren causar en el proceso o durante su curso a la parte contraria.

La Justicia Gratuita es una prestación de carácter público cuyo coste y consecuencias ha de soportar el Estado, obligado a la misma conforme a la Ley, y no la parte afectada por el litigio que, a consecuencia del mantenimiento del mismo que supone la formulación de demanda de contradicción por el demandado, pueda sufrir danos y perjuicios que el demandado contradictor pueda verse ver obligado a indemnizar, goce o no del derecho a la Justicia Gratuita que no comportará en ningún caso que se le exima de la responsabilidad civil consecuencia de sus actos.

Sin embargo la sentencia del Tribunal Constitucional 45/2002 pese a expresar que la exigencia legal de fianzas o cautelas para ser parte en un proceso no es por sí sola contraria al artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879 Española, entendió que en la fijación de la caución habría de conciliar la misma a las circunstancias del caso ponderando en su fijación no sólo la finalidad de garantía que motiva su exigencia sino también las posibilidades económicas del obligado a prestarla, entendiendo en el caso que examinó en estimación de un recurso de amparo que la caución fijada era excesiva, atendiendo la situación económica del demandado, pues, concluye el TC, "la exigencia de una caución que hiciera impracticable el ejercicio de su derecho de defensa podría constituir una privación del derecho a la tutela judicial efectiva". Y desde ella en algunos supuestos se ha llegado incluso a eximir al demandado de la prestación de caución y en otros en los que el demandado gozaba del beneficio de justicia gratuita se ha ponderado específicamente la situación económica del demandado a la hora de fijar la caución.

Así lo hizo esta sección 4a de la Audiencia Provincial de Las Palmas en la sentencia dictada el día 7 de abril de 2011 en el rollo de apelación número 788/2008, razonando que:

Tampoco es viable la alegación de violación del artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879 Española por el hecho de que en la sentencia apelada el Juez a quo no entrara a conocer sobre los motivos de fondo opuestos por los demandados, pues obviamente solo cabría entrar a conocer sobre los motivos de oposición si la caución se hubiese prestado.

Cuestión distinta es la relativa al importe de la caución fijada en 30.000 euros y aquí conviene recordar que la caución mencionada por los artículos 439.2, 2o, 440.2 y 444.2 I LEC EDL 2000/77463 es imperativa, como se desprende del tenor de todos ellos; en concreto, el último de los preceptos citados enfatiza en su primer párrafo que "el demandado sólo podrá oponerse a la demanda si, en su caso, presta la caución determinada por el tribunal". El inciso "en su caso" indudablemente debe conectarse con la posibilidad de renuncia expresa del demandante a la exigencia de dicha cautela contemplada por el primer inciso del mencionado artículo 439.2, 2o LEC. EDL 2000/77463 Así pues, salvo que concurra dicha renuncia, el órgano de primera instancia debe fijar la caución que habrá de prestar el demandado que quiera comparecer y contestar a la demanda. La discutida caución trata específicamente, como se infiere del repetido artículo 439.2, 2o LEC EDL 2000/77463, de asegurar al demandante, titular de un derecho real inscrito sin contradicción alguna, llegado el caso de una sentencia estimatoria, (1) la restitución de los frutos indebidamente percibidos por el perturbador de su derecho, (2) el resarcimiento de los danos y perjuicios que éste le hubiera irrogado y (3) el abono de las costas del litigio.

La referida caución en principio ha de ser cuantificada por el titular registral instante, para luego ser refrendada por el juez, salvo que la considerase excesiva en cuyo caso la reducirá según su prudente arbitrio, que como resulta obvio no implica una reducción arbitraria y sin más, sino una actuación conforme a la facultad decisoria que tiene legalmente atribuida, por lo que no ha de quedar exenta de la necesaria motivación. Es decir, la facultad de revisión de la caución señalada por la instante que tiene el Tribunal competente tiene como finalidad el evitar que la caución se convierta en un obstáculo insalvable para el acceso al proceso de los demandados, toda vez que la no prestación de la misma dentro del plazo legal determina sin más la continuación del proceso conforme a lo solicitado por la titular registral, impidiendo el derecho del demandado o demandados a oponerse. En tal sentido conviene destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 146/1991 en la que se indica que existe indefensión en la exigencia de requisitos previos determinante de la imposibilidad de acceso a determinados procesos, como la también Sentencia del citado Tribunal 206/1987 que alude a que los jueces no pueden imponer requisitos o consecuencias impeditivas, obstaculizadores, limitativas o disuasorias en el ejercicio de acciones, matizando que cuando tales circunstancias vengán impuestas por ley, como ocurre en los supuestos de exigencias de caución o fianza para la efectividad de determinadas actuaciones procesales, se recomienda por el citado Tribunal la moderación de las cuantías con el fin de evitar la indefensión. Mas cercana en el tiempo es la Sentencia del Tribunal Constitucional, 45/2002, dictada por la Sala Segunda el día 25 de febrero del indicado año, en la que se aborda el tema concreto que nos ocupa de la caución exigida para formular demanda de contradicción en el procedimiento del art. 41 de la LH, y de cuya fundamentación jurídica se extraen literalmente los siguientes párrafos:

1o.-...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que

2o.- En el procedimiento para la efectividad de los derechos reales inscritos, previsto en el art. 41 LH (desarrollado en el art. 137 RH...), la caución se configura legalmente como una garantía que debe prestar el demandado... para que le sea admitida la oposición a la demanda mediante la formulación de la llamada «demanda de contradicción». Esta caución, que deberá solicitarse por el actor (arts. 137, regla 2, RH)), y cuya cuantía, dentro de los límites de la interesada por el demandante, será fijada por el Juzgado (arts. 137, regla 6, RH...), tiene como finalidad --expresamente declarada por la ley la de responder de la devolución de los frutos percibidos indebidamente y del pago de los danos y perjuicios causados, así como de las costas procesales (arts. 41.4 LH, 137, regla 2, RH...). Por tanto, la caución se diferencia netamente de otras medidas cautelares que puedan solicitarse y acordarse para la efectividad de la sentencia que se dicte... La regulación legal que se deja sucintamente expuesta impone a los órganos judiciales, a la hora de fijar la cuantía de la caución que debe prestar el demandado, una ponderación de las circunstancias del caso que tenga en cuenta el objeto y contenido de la pretensión ejercitada en la demanda, las consecuencias económicas que para el demandante se derivan de la conducta perturbadora del derecho real inscrito que se imputa al demandado (frutos, danos y perjuicios y costas procesales), así como la capacidad económica de éste,

pues la exigencia de una caución que hiciera impracticable el ejercicio de su derecho de defensa, impidiéndole contestar a la demanda y oponerse a la pretensión del actor («demanda de contradicción»), podría constituir una privación del derecho a la tutela judicial efectiva que vulneraría el art. 24.1 CE EDL 1978/3879 al impedir el acceso al proceso sumario en el que le ha situado la contraparte.

Pues bien en el supuesto enjuiciado la parte actora solicita una caución de 60.000 euros sin motivar su importe cuando previamente había fijado la cuantía del pleito en 40.000 euros, suponemos que porque en esta última cantidad fijaba el valor del terreno ocupado por los demandados. El actor tampoco alega en su demanda que los supuestos perturbadores del usufructo del actor hayan percibido frutos ni se reclaman en la demanda. Las costas de los litigios en que se ejercita una acción de protección sumaria del derecho real inscrito normalmente han de calcularse sobre un 10 % del valor de los inmuebles y a todo ello hay que añadir que si bien los demandados no litigan bajo el beneficio de justicia gratuita y no han sido del todo claros con su real capacidad económica pues ni siquiera aportan su declaración de la renta y solo aportan certificaciones negativas registrales parciales, no cabe desconocer que ciertamente acreditan estar en situación de desempleo, circunstancias todas ellas que en su conjunto determinan que esta Sala considere que la cuantía de la caución que considera más equilibrada en función de la tutela cautelar del actor y las posibilidades económicas efectivas de los demandados, sin que la misma constituya un obstáculo para poder oponerse a la demanda es la de dos mil euros, no compartiendo esta Sala el argumento expuesto por el Juez a quo a la hora de resolver el importe de la caución de que los demandados no hayan solicitado una rebaja de la caución, pues si piden lo más, esto es, la exención de pagar caución, posibilidad que ya hemos visto que es imposible, se pide lo menos, cual es una rebaja, amén del poder de moderación de oficio que siempre tienen los Tribunales para su fijación, aleguen lo que aleguen las partes siempre que no se supere nunca el límite fijado por la propia parte actora."

SEGUNDO.- En el supuesto que contemplamos la caución solicitada lo fue por el importe solicitado por la demandante de 30.050 euros, sin que en el auto en que se fijó la misma se motivara en modo alguno la razón por la que se fijaba la solicitada y no otra en atención a las circunstancias.

No puede por otra parte desconocerse el hecho de que en el momento en que se fija la caución, al admitirse a trámite la demanda, se desconoce toda circunstancia relativa a la situación económica del demandado y, en concreto, relativa a si la misma permite el derecho a gozar de la justicia gratuita o no, o sus concretas circunstancias económicas.

En el supuesto que contemplamos se denegó el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a D. Daniel, si bien le fueron designados con anterioridad provisionalmente Procurador y Abogado de oficio para su defensa y representación en el presente litigio. Consta que sus ingresos por trabajo declarados a la AEAT en el ejercicio 2000 fueron de 33.749 euros. D. Daniel recurrió la denegación del beneficio de justicia gratuita pero el Juzgado de Primera Instancia desestimó el recurso confirmando la resolución denegatoria del beneficio de justicia gratuita razonando que en el momento de solicitar el beneficio el litigante estaba ya incurso en diligencias para aceptar la herencia de un familiar a título de inventario, familiar que, a pesar de lo manifestado por el recurrente, era titular de numeros bienes, circunstancia que ocultó en el expediente de Justicia Gratuita.

Por otra parte D. Daniel manifestó en el acto de la comparecencia prevista en el artículo 20 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita EDL 1996/13683 que no habita la vivienda objeto del pleito, ni tiene las llaves de la misma ni se niega a que el propietario entre en ella (por lo que ni siquiera pretendía oponerse a la pretensión formulada por la actora).

Por su parte Dña. Verónica solicitó el beneficio de asistencia jurídica gratuita y, sin constar en autos la resolución dictada en el expediente de concesión del beneficio, la Letrada que asistió al mismo en su defensa manifestó que efectivamente le había sido concedido dicho beneficio y que entendía que no procedía la fijación de caución alguna a los litigantes que gozaban de dicho beneficio. Sin embargo, ningún medio de prueba propuso o practicó la demandada (ni siquiera documental) dirigido a acreditar la concreta situación económica en que la misma pudiera encontrarse.

TERCERO.- A la vista de la doctrina anteriormente expuesta y de las circunstancias concurrentes en el supuesto que nos ocupa, no puede sino destacarse que cuando la situación económica de la demandada Dña. Verónica, pese a no haber sido plenamente acreditada, le ha hecho merecedora del beneficio de asistencia jurídica gratuita, no por ello resulta improcedente la fijación de caución pero entiende la Sala que su cuantía debe ser la mínima razonable, la mínima de las posibles, exigiendo la utilización de parámetros de motivación que la ajusten a la mínima cuantificación de los danos y perjuicios que previsiblemente hubieren de causarse durante el curso del proceso.

En el supuesto que examinamos concurren, no obstante, circunstancias especiales. En efecto, si se atiende únicamente a la presentación de la demanda y si hubiere de dictarse la resolución fijando la caución en aquél momento, la caución de 30.050 euros era claramente desproporcionada y vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandada, desde que la misma actora reconoce que la renta que se venía pagando por el uso de la vivienda era de 50.000 euros mensuales, lo que equivalía a una renta anual de aproximadamente 3.600 euros, lo que hacía razonable en aquél momento la fijación de una caución que hubiera supuesto entre uno y medio y tres años de renta, duración razonablemente previsible de un proceso de esta naturaleza en sus dos instancias. La caución por tanto debía haber oscilado entre 5.400 euros y 11.000 euros, muy inferior a la que se fijó.

Lo cierto, no obstante, es que en el concreto supuesto que examinamos esa duración previsiblemente razonable del proceso se ha sobrepasado de todo punto, y que desde la formulación de la demanda hasta la fecha en que se resuelve en apelación los danos y perjuicios previsibles (ya que ha de partirse de la presunción de titularidad del derecho en el titular registral) ascenderían ya en este momento a casi 10 años de renta (el litigio comenzó en mayo de 2002), cantidad ya superior a la fijada inicialmente como caución, de 30.050 euros. Tiempo durante el que la demandada ha impedido la recuperación de la posesión de la finca por su titular registral y durante el que ha disfrutado de la vivienda.

Entiende la Sala en consecuencia que dadas las circunstancias del litigio no sólo procedería en este momento la fijación de una caución de 30.050 euros sino que la que fijara la Sala debería ser bastante superior (unos 34.000 euros por los que ya presumiblemente

se habrían generado en el proceso más otros por lo menos 7000 euros más si se retrotrajeran las actuaciones para dar lugar a un nuevo juicio verbal, por la duración previsible de la nueva primera instancia y una posible segunda instancia).

Por otra parte, no puede desconocerse que la tutela judicial efectiva de la demandada se ve garantizada por la naturaleza sumaria del procedimiento que nos ocupa, sin que el hecho de que por no haberse pagado la caución suponga la imposibilidad, en consecuencia, de que la parte demandada formule demanda en juicio declarativo ordinario haciendo valer, en su caso, su derecho a poseer la vivienda, porque precisamente una interpretación favorable al derecho fundamental de tutela judicial efectiva de la exigencia de caución para formular oposición obliga a entender que han quedado imprejuizadas las causas de oposición que en la demanda de contradicción se hubieran podido formular (y no se formularon por entender el demandado que la caución era muy gravosa o por no poder pagarla), y que en consecuencia, sin paralización del expeditivo procedimiento del art. 41 de la LH, podrán hacerse valer en demanda formulada en el procedimiento declarativo ordinario que corresponda por los demandados en este proceso contra la parte actora en el mismo.

CUARTO.- No procede hacer especial imposición de las costas causadas en la alzada, dada la existencia de jurisprudencia contradictoria sobre la cuestión, unida al hecho de que la caución inicialmente fijada en el auto de admisión a trámite de la demanda era desproporcionada en aquél momento hasta el punto de que, de haber tenido una duración razonable este proceso y no la excesiva de casi diez años que en la actualidad mantiene, se habría hecho razonable la reducción de la caución fijada conforme a principios de proporcionalidad y adecuación de la medida cautelar. Sin perjuicio del mantenimiento de la condena al pago de las costas causadas en la primera instancia.

En atención a todo lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de HOLDING INMOBILIARIO BARBER, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia no 2 de Las Palmas de fecha 2 de octubre de 2003 en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria no 510/2002, que confirmamos. No procede hacer especial pronunciamiento de las costas causadas en la alzada.

Llévese certificación de la presente resolución al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes, y con certificación de la misma, devuélvase los autos al Juzgado de Procedencia para su ejecución y cumplimiento.

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, siendo Ponente la Ilma. Sra. Dona María Elena Corral Losada, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 35016370042011100295