

## EDJ 2011/189813

AP Barcelona, sec. 14ª, S 21-7-2011, nº 407/2011, rec. 1087/2010

Pte: Pereda Gámez, Francisco Javier

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	2

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### ANALOGÍA

SUPUESTOS EN QUE NO PROCEDE

#### DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Proscripción de la indefensión

#### INTERDICTOS

INTERDICTO DE RETENER Y RECOBRAR LA POSESIÓN

Requisitos

En general

#### PROCEDIMIENTO DEL ART. 41 LH

PROCEDIMIENTO

Demanda de contradicción

Caución previa

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita art.211.2, art.231, art.394, art.398.1, art.440.2, art.465.1 de 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

## ANTECEDENTES DE HECHO

### 1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA

El día 20 de junio de 2008 el ICS presentó demanda en la que solicitaba que se declare la existencia de un derecho real a su favor sobre la finca DIRECCION000 situada en la carretera NUM000, kilómetro NUM001 del término municipal de Santa Perpètua de Moguda e inscrita como finca registral n. NUM002 en el Registro de la Propiedad num. 6 de Sabadell, tomo NUM003 de Santa Perpètua de Moguda, folio NUM004, acordando la acción de recobrar la posesión instada por l'Institut Català del Sòl. Pide también el desalojo inmediato de los demandados con reintegro de la posesión a la parte actora, bajo apercibimiento de que si no se hace se procederá a su lanzamiento y que los demandados se abstengan de realizar actos que perturben la posesión y que repongan las cosas al estado anterior a la ocupación, bajo apercibimiento de que no hacerlo se ejecutará a su costa. También reclama los daños y perjuicios que se acrediten en ejecución de sentencia y las costas. El ICS relata que es propietaria de citada masía y que los demandados la han ocupado sin ningún tipo de autorización.

Admitida a trámite la demanda, los demandados anunciaron su oposición y la juez fijó una caución de 18.200 euros, confirmada tras haberse presentado recursos de reposición. El día señalado para la vista, el juez acordó que no cabía la contestación a la demanda porque no se había prestado la caución.

La sentencia recurrida, de fecha 18 de enero de 2010, sostiene que estamos ante un proceso interdictal y analiza sus requisitos, que considera acreditados. Por ello, estima la demanda y condena a Roberto, Pio, Higinio, Leovigildo y Teodulfo a reconocer y respetar el derecho de propiedad de la actora sobre la finca conocida con el nombre de " DIRECCION000 ", sita en la NUM000 Km. NUM001 del término municipal de Santa Perpètua de la Moguda, a reintegrar a la demandante en la posesión de la meritada finca, desalojando y dejándola a disposición de su legítima propietaria dentro del plazo legal bajo apercibimiento de lanzamiento si no lo hiciere, absteniéndose de toda perturbación del derecho de la actora, al no tener título para ello, a indemnizar a la actora en los daños y perjuicios causados por la detentación injusta, que se acrediten asimismo en ejecución de sentencia y al pago de las costas procesales.

### 2. CUESTIONES PLANTEADAS EN LOS RECURSOS DE APELACIÓN

El Sr. Pio argumenta que se ha infringido su derecho de defensa al no permitirle contestar el día del juicio y que no se le ha oído para fijar la caución. Añade que debe considerarse analógicamente la caución como depósito, del que estaría exento conforme a la ley de justicia gratuita.

El Sr. Higinio también refiere indefensión y la aplicación analógica. Añade que, por estimación parcial, no debe haber condena en costas.

El apelado se opone y dice que los recurrentes debieron manifestarse sobre la caución al recibir la demanda. Añade que la justicia gratuita no incluye la exención de la caución y cita la STC de 25 de febrero de 2002. Concluye que la desestimación de la demanda contra "ignorados ocupantes" no exime de las costas.

### 3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto se ha registrado en la Sección el 28 de diciembre de 2010. No se ha practicado prueba ni se ha celebrado vista. La deliberación y votación de la Sala se ha llevado a cabo en fecha 14 de julio de 2011. Esta resolución no se ha dictado en el término previsto en el artículo 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 debido a causas estructurales, lo que se hace constar a los efectos del artículo 211.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 1. EL DERECHO DE DEFENSA

Un nuevo visionado del juicio hace ver que ninguno de los demandados protestó o recurrió la decisión judicial de denegar la palabra para mantener la oposición, el día del juicio, por no haberse hecho pago de la fianza establecida. No se ha agotado el sistema de recursos en la instancia y se toleró la decisión y, por tanto, no puede ahora alegarse indefensión. No puede tener tal carácter la alegación extemporánea de una letrada, al final de la vista, que la juez responde, pedagógicamente, remitiendo al juicio declarativo ordinario.

Por otra parte, el art. 440.2 LEC EDL 2000/77463 establece de forma clara que si el demandado comparece al acto de la vista pero no presta la caución establecida por el juzgado, se dictará sentencia acordando las actuaciones para la efectividad del derecho inscrito. El pago de la caución constituye un requisito de procedibilidad que no se ha cumplido.

### 2. LA AUDIENCIA PREVIA A LA FIJACIÓN DE CAUCIÓN

Es cierto que el art. 440.2 LEC EDL 2000/77463 exige previa audiencia del demandado antes de fijar la caución. El juzgado dio traslado para oír en el propio auto de admisión a trámite y los recurrentes manifestaron su oposición a la pretensión en la demanda de contradicción, momento en que debieron pronunciarse sobre la caución reclamada por el actor. Este era el trámite propio para audiencia en la antigua regulación (art. 41, párrafos 4º y 5º LH) y así persiste en la actual y los recurrentes, que estaban asesorados por letrado, no asumieron esta expectativa procesal.

Además, la tramitación de los recursos de reposición suplió cualquier falta (art. 231 LEC EDL 2000/77463 ), al dar oportunidad a los recurrentes para alegar lo que tuvieron a bien sobre este extremo.

### 3. LA IMPOSIBLE ANALOGÍA SOBRE LA CAUCIÓN

El Tribunal Constitucional tiene declarado que no es inconstitucional que la ley exima de los beneficios de la justicia gratuita el pago de fianzas y cauciones ( SSTC 45/2002).

No existe afectación del derecho de justicia gratuita porque la caución establecida en el art. 440.2 LEC EDL 2000/77463 (antiguo art. 41 de la Ley Hipotecaria) no es un depósito necesario para la interposición de recursos (art. 6.5 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita), sino una fianza que pretende asegurar la credibilidad de una postura de oposición a la acción de protección del derecho real inscrito.

La prestación de la caución es una carga procesal y no un requisito para recurrir. Son los propios recurrentes los que, con su oposición ante la inscripción del derecho real inscrito, obligan a su fijación y no es la ley la que fija de forma incontrovertible un depósito para el ejercicio de un derecho. No se ha discutido en ningún momento que la caución fuera excesiva.

### 4. LAS COSTAS

Respecto a los demandados recurrentes, la desestimación de la demanda de oposición de la instancia es total y, por ello, con imposición de costas. No puede tener efecto sobre ellos el que se haya omitido en la sentencia la condena de otros posibles ocupantes.

Las costas del recurso deben imponerse a los recurrentes, conforme a los artículos 398.1 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463.

## FALLO

1. Desestimamos los recursos de apelación.

2. Imponemos las costas de cada recurso a cada recurrente.

Una vez se haya notificado esta resolución, haciendo saber a las partes que frente a la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno, se devolverán los autos originales al Juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para su cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019370142011100430