

EDJ 2006/289651

AP Alicante, sec. 5ª, A 17-5-2006, nº 71/2006, rec. 115/2006

Pte: Pérez Serra, Visitación

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	2

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.398, art.732 de 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Elda en los referidos autos, tramitados con el núm. 459/05 , se dictó Auto con fecha 4 de noviembre de 2005 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Deniego la medida cautelar solicitada por D. Bartolomé , con expresa imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución, se preparó recurso de apelación por la parte demandante en tiempo y forma, formalizándose en el plazo previsto. Fue admitido, dándose traslado a la parte contraria que se opuso al mismo, y previo emplazamiento a las partes se elevaron los autos a este Tribunal, donde quedó formando el Rollo núm. 115-A/06, tramitándose el recurso en forma legal y en el que se señaló para la deliberación y votación el día 17 de mayo de 2006, en el que tuvo lugar al no considerarse necesaria la celebración de vista por este Tribunal.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente la Iltma. Sra. Magistrada Dª Visitación Pérez Serra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El auto recurrido desestimó la solicitud de adopción de la medida cautelar que ahora se dirá, argumentando que no se había formulado con claridad y precisión, justificando la concurrencia de los presupuestos exigidos por el artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , ni tampoco se había ofrecido la prestación de caución.

Aunque es cierto que el auto recurrido podría haber sido más preciso al exponer los argumentos que impedían la adopción de la medida solicitada, examinadas las actuaciones la Sala ha de compartir la denegación que en el mismo se contiene, y ello tanto por motivos formales como de fondo.

Se solicitaba que el demandado fuera compelido a cerrar el hueco abierto en el muro de carga situado bajo la cubierta del edificio por el peligro que implicaba, petición a la que no puede imputarse la falta de claridad y precisión, y en este punto ha de darse la razón a la parte apelante.

SEGUNDO.- Ahora bien, como ya se ha adelantado, la parte omitió cualquier referencia a la caución en el Otrosí mediante el cual se pide la medida cautelar.

En la regulación contenida en la Ley procesal, el ofrecimiento de esta garantía constituye requisito sine qua non de la regularidad de la solicitud y presupuesto de su concesión, como se desprende de la concluyente dicción del art. 728, apdo. 3 : "Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.", y del art. 732, apdo. 3 : "en el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de que tipo o tipos se ofrece constituirla y con justificación del importe que se propone".

A su vez, se configura como condición de la efectividad de las medidas acordadas al disponer el art. 737 , párrafo primero, que "La prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada".

Al respecto, el auto de esta Sala, núm. 100, dictado el 29 de mayo de 2003 , se pronuncia en los siguientes términos: La cuestión a resolver se centra, en consecuencia, en dilucidar si el ofrecimiento genérico de prestación de caución es suficiente a los efectos exigidos por el artículo 732.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 EDL 2000/77463 , o si es exigible que el solicitante concrete cuantía y clase de la caución ofrecida. Ya el apartado 3 del artículo 732 indica que no basta ese ofrecimiento genérico, pues exige que se especifique el tipo de la caución e incluso la justificación del importe que se propone, y a mayor abundamiento, el párrafo segundo del artículo 735 de la Ley procesal, al atribuir al Tribunal la decisión sobre la "idoneidad y suficiencia del importe de la caución", está imponiendo que previamente, la solicitante haya concretado tanto el tipo de caución, como el importe, y por lo tanto, ha de considerarse insuficiente el ofrecimiento genérico, ya que además, tampoco se concretó este tema en el acto de la vista, razones que imponen la confirmación del auto recurrido."

Por lo tanto, si en ese caso se denegó la medida porque el ofrecimiento era genérico, en este caso en el que ni siquiera se ofrece, se evidencia que ha de compartirse la denegación que se contiene en el auto recurrido.

Existen también razones de fondo, ya que no se justificó el peligro inminente que se alegaba como fundamento para la adopción de esta medida.

En efecto, el perito indicó que ese muro es de carga, pero el peligro lo causaría la destrucción de esas paredes, lo que no ha acontecido, y además también se vino a admitir que existía esa situación desde el año anterior, procediendo, en consecuencia, la desestimación del recurso.

TERCERO.- Las costas de esta alzada se imponen a la parte apelante, aplicando lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

LA SALA ACUERDA: Que desestimando el recurso de apelación promovido contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Elda de fecha 4 de noviembre de 2005 en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Iltmos. Sres. expresados al margen. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 03014370052006200084