

EDJ 2005/94198

AP Las Palmas, sec. 5ª, A 4-5-2005, nº 99/2005, rec. 244/2005

Pte: García de Yzaguirre, Mónica

Resumen

La AP desestima el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de instancia que acordaba alzar la medida cautelar acordada de anotación preventiva de la demanda con imposición a la ahora recurrente de contra cautela. Rechaza, en primer lugar, la Sala la exención de caución a la que hace referencia la recurrente por tratarse de una entidad de naturaleza jurídica administrativa, al ser en realidad una asociación mixta que han elegido la forma jurídica de una entidad urbanística colaboradora para actuar, y que no se identifica con la comunidad autónoma en cuestión. En lo que se refiere a la cuantía de la contra cautela, señala la Sala que la misma no es desproporcionada puesta en relación con la cuantía de la demanda.

NORMATIVA ESTUDIADA

1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.728

52/1997 de 27 noviembre 1997. Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas
art.11 , art.12.1 , art.13.1 , art.14 , art.15 , dad.4

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.149.1.6

D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria
art.34

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ANOTACIÓN PREVENTIVA
DE DEMANDA
MEDIDAS CAUTELARES
PRESUPUESTOS

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Medidas cautelares

Legislación

Aplica art.728 de 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.11, art.12.1, art.13.1, art.14, art.15, dad.4 de 52/1997 de 27 noviembre 1997. Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas

Aplica art.149.1.6 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.34 de D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria

Cita art.398.2, art.457, art.746.1 de 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.12 de 52/1997 de 27 noviembre 1997. Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas

Cita art.149.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido SAP Las Palmas de 23 febrero 2004 (J2004/23485)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Sr. Magistrado-Juez del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, se dictó Auto en el referido procedimiento cuya parte dispositiva, copiada literalmente dice así: "1.- SE ESTIMA parcialmente la oposición formulada por el procurador D./Dª Alfredo Crespo Sánchez en nombre y representación de D./Dª Asociación Mixta De Compensación Del Polig.Industrial De Arinaga a la medida cautelar acordada en el presente procedimiento a instancia del procurador D./Dª Palmira Abengochea Vistuer, en nombre y representación de D./Dª Pedro Jesús, Rosendo, Donato, Luis Antonio, Lucio, Rebeca, Rosario, Victoria, Angelina y Jorge .

2.- Se alza la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda sobre la finca núm. 8.908 ptas., inscrita en el Registro de la Propiedad núm. Dos de Telde condicionada a la prestación de una caución sustitutoria por valor de 150.000.000 de ptas., en cualquiera de las formas admitidas en derecho a excepción de la personal.

3.- No se impone a ninguna de las partes las costas de este incidente

Esta resolución no es firme contra ella cabe recurso de APELACIÓN sin efectos suspensivos ante la Audiencia Provincial de Las Palmas (artículo 735.2.º LECn).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn).

Lo acuerda y firma S.Sª. Doy fe."

SEGUNDO.- El relacionado auto, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , y no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, y tras darle la tramitación oportuna se señaló para su estudio, votación y fallo el día 28 de abril de 2005 .

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la resolución la Iltna. Sra. Dª Mónica García de Yzaguirre, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte apelante Asociación Mixta de Compensación del Polígono Industrial de Arinaga recurrió en su día el Auto de 4 de diciembre de 2001 dictado por el Juez a quo en la pieza de Medidas Cautelares dimanante del Juicio Ordinario 711/2001 por el cual se alzaba la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda sobre la finca 8.908 a instancia de la propia apelante, fijando para ello una contracautela de ciento cincuenta millones de pesetas, ello mediante escrito de interposición presentado el 22 de enero de 2002. La parte contraria se opuso oportunamente al recurso de apelación por escrito presentado el 10 de febrero de 2002. Sin embargo por distintas vicisitudes esta pieza de medidas no se remite a la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto sino hasta febrero del corriente año 2005, por lo que dada la naturaleza cautelar y accesoria de este proceso resulta conveniente comprobar el iter que ha seguido el proceso principal y su incidencia en la vigencia de la resolución impugnada.

Consta en la Secretaría de esta Audiencia Provincial que con fecha 23 de febrero de 2004 se dictó sentencia en el rollo 633/2003 EDJ 2004/23485 seguido en la Sección 3ª de esta Audiencia en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de esta ciudad con fecha 17 de marzo de 2003 en los autos de Juicio Ordinario 711/2001, proceso principal del que dimana esta pieza separada de medidas cautelares. El rollo de apelación y autos originales fueron elevados al Tribunal Supremo para resolución del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de esta Audiencia Provincial.

En la demanda inicial del procedimiento los demandantes, hoy apelados, Pedro Jesús, Rosendo, Donato, Luis Antonio, Lucio, Rebeca, Rosario, Victoria, Angelina y Jorge, ejercitan acción reivindicatoria y de nulidad de determinados contratos, recayendo la acción sobre parte de las fincas 8.908 y 17.982 del Registro de la Propiedad número 2 de Telde, que figuran inscritas respectivamente a favor de la hoy apelante Asociación Mixta de Compensación del Polígono Industrial de Arinaga por un lado, y de la Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento del Suelo, por otro. De forma conjunta a la demanda los demandantes interesaron la adopción de la medida cautelar consistente en la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad con relación a ambas fincas registrales. Esta demanda fue presentada inicialmente ante el decanato de los Juzgados de Telde, lugar de situación de las fincas, siendo repartida al Juzgado de Primera Instancia número 6 que registró el asunto como Juicio Ordinario 328/2001. El Juez núm. 6 de Telde dictó Auto acordando la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda previa prestación de caución por los demandantes de 30.000.000 pesetas, y prestado aval por la parte demandante y ratificados los apoderados de la entidad avalista, el Juzgado núm. 6 de Telde acordó por providencia de 11 de junio de 2001 librar los mandamientos al Registro de la Propiedad núm. 2 de Telde para que procediera a la anotación preventiva de la demanda sobre las referidas fincas.

Al personarse la demandada formuló cuestión de competencia por declinatoria que terminó por resolución del Juzgado de 1ª Instancia 6 de Telde que estimando la cuestión se declara incompetente para el conocimiento del asunto y ordena la remisión de los autos al decanato del partido judicial de Las Palmas para su reparto entre los órganos de Primera Instancia de esta ciudad, correspondiendo el conocimiento del asunto al Juzgado de Primera Instancia número 1 en el que se registró el proceso principal como Juicio Ordinario 711/2001.

Formulada oposición a las medidas cautelares por la entidad Asociación Mixta de Compensación del Polígono Industrial de Arinaga, se formó la pieza separada objeto de este recurso, en la que por el Juez a quo se convocó a las partes a la celebración de una vista y se dictó el Auto apelado que estima parcialmente la impugnación y alza la medida únicamente en lo que respecta a la finca 8.908, inscrita a favor de la recurrente, y previa prestación de la contracautela que se ha expresado. Esta contracautela se prestó dentro de plazo a través de aval prestado por la entidad Banco Bilbao- Vizcaya Argentaria en fecha 21 de diciembre de 2001 por la cantidad de ciento cincuenta millones de pesetas, y ratificado el apoderado de la entidad el Juez a quo expidió mandamiento por duplicado de fecha 27 de marzo de 2002 dirigido al Registrador de la Propiedad número 2 de Telde para que procediera al alzamiento de la anotación preventiva de la demanda en su día acordada sobre la finca 8.908

En esta alzada no ha comparecido la codemandada Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento del Suelo (SEPES).

La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda inicial, por lo que la apelante interesó por escrito presentado el 28 de mayo de 2003 la cancelación del aval prestado como contracautela para obtener en su día el alzamiento de la medida cautelar inicialmente adoptada, a lo que se opuso la representación de los demandantes hoy apelados. El Juez a quo dictó auto el 1 de julio de 2003 en el que acordó: "No acceder a la devolución de la caución sustitutoria prestada por la codemandada Asociación Mixta de Compensación del Polígono Industrial de Arinaga en la cuantía de 150.000.000 de ptas. para el alzamiento de la anotación preventiva de demanda decretada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Seis de Telde y que se llevó a cabo por este, si previamente en el término de quince días, la parte actora D. Pedro Jesús Y OTROS aumenta la caución primeramente prestada asimismo ante aquel Juzgado en la cuantía de 30.000.000 de ptas., que deberá igualmente avalar ante este, y además, como se ha dicho aumentar en la cuantía de 20.000.000 de ptas. más." Los actores iniciales prestaron aval bancario en la cantidad fijada de 20.000.000 ptas., ciento veinte mil doscientos dos euros con cuarenta y dos céntimos, como ampliación de la cautela en su día determinada para responder de las responsabilidades que, en su caso, puedan decretarse judicialmente derivadas de la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, Sección 3ª, en el rollo 633/2003 EDJ 2004/23485, estima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes iniciales y estima la demanda inicial del procedimiento en cuanto a los extremos 1, 2 y 3 del suplico. Esta sentencia no es firme.

SEGUNDO.- De los antecedentes expuestos resulta que, a pesar del tiempo transcurrido, sigue vigente la resolución apelada y resulta adecuado entrar a conocer del fondo del recurso. La parte apelante alega en su escrito de interposición del recurso dos motivos fundamentales de impugnación del Auto, a saber, por considerar que la Asociación Mixta de Compensación del Polígono Industrial de Arinaga tiene naturaleza jurídica administrativa y, por consiguiente, debe quedar exenta de la prestación de caución y, en segundo lugar, y con carácter subsidiario, por estimar desproporcionada la caución impuesta.

En cuanto al primero de los motivos estima la representación de la recurrente que su mandante es una entidad de naturaleza jurídica administrativa lo que se comprueba por la documentación obrante en los autos principales y especialmente por la propia escritura de otorgamiento de poderes y estatutos por los que se rige. Son sus integrantes el Excmo. Cabildo Insular de Gran Canaria, la Entidad Pública Empresarial de Suelo (SEPES) que sustituyó al Instituto Nacional de Urbanización y la Comunidad Autónoma de Canarias. Añade la apelante que previsiblemente la propia denominación de la entidad como "mixta" puede haber inducido a confusión al juzgador de instancia, pues aún cuando en los estatutos se preveía la posible incorporación de particulares propietarios de terrenos a la Asociación, ésta no se produjo, por lo que los terrenos fueron expropiados y los miembros integrantes de la misma son exclusivamente los entes públicos a que se ha hecho referencia. Concluye así la parte recurrente que de conformidad a la naturaleza jurídica de la Asociación y las entidades que la integran, es de plena aplicación lo prevenido en el artículo 12.1 de la Ley 52/1997 de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas EDL 1997/25086, sobre la exención de prestar caución.

El artículo 12 de la Ley 52/1997 EDL 1997/25086 invocada por la parte apelante sobre exención de depósitos y cauciones establece: "El Estado y sus Organismos autónomos, así como las entidades públicas empresariales, los Organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los órganos constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes.

En los Presupuestos Generales del Estado y demás instituciones públicas se consignarán créditos presupuestarios para garantizar el pronto cumplimiento, si fuere procedente, de las obligaciones no aseguradas por la exención."

La Disposición Adicional Cuarta de la expresada Ley, relativa a la aplicación a las Comunidades Autónomas, establece en sus puntos 1 y 2 lo siguiente:

"1. Los arts. 11, 12, 13.1, 14 y 15 se dictan al amparo de la competencia reservada al Estado en el art. 149.1.6ª. de la Constitución EDL 1978/3879, en materia de legislación procesal.

2. Las reglas contenidas en dichos artículos serán de aplicación a las Comunidades Autónomas y entidades públicas dependientes de ellas."

A la vista de los preceptos invocados debe desestimarse el motivo expuesto. Como bien manifiesta la parte apelada en su escrito de oposición al recurso, la apelante, Asociación Mixta de Compensación del Polígono Industrial de Arinaga, no es en modo alguno una entidad pública dependiente de la Comunidad Autónoma de Canarias, ni forma parte del elenco de las Administraciones Públicas Canarias determinada en el Capítulo I del Título Primero de la Ley Territorial 14/1990 de 26 de julio de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias. Sin perjuicio de que el sustrato personal de los miembros de la Asociación sí tenga de facto esa naturaleza, lo cierto es que para su actuación en el tráfico jurídico las entidades públicas que forman parte de la Asociación han elegido la forma jurídica de una entidad urbanística colaboradora en la que pueden participar particulares, con personalidad jurídica propia y diferenciada de la de sus miembros a partir del momento de su inscripción en el correspondiente Registro -art. 26,2 del Reglamento de Gestión Urbanística- de entre las distintas posibilidades que la legislación urbanística ofrece para la intervención en el proceso de urbanización del suelo, en este caso del Polígono Industrial de Arinaga, entidad de colaboración que no se identifica con la Comunidad Autónoma de Canarias ni es una entidad pública de ella dependiente, por lo que no se encuentra en el supuesto de la Disposición Adicional Cuarta 2 en relación con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 52/1997 EDL 1997/25086.

TERCERO.- Por último estima la recurrente que la contracautela fijada de 150.000.000 ptas. resulta desproporcionada en relación con la exigida al demandante para responder de la adopción de la medida cautelar que lo fue de 30.000.000 pesetas. Añade que no resulta proporcionado que para proceder a la anotación preventiva de la demanda sobre una finca con una extensión superficial de más de siete millones de metros cuadrados en la que se han construido varias fases industriales y residenciales del Polígono Industrial de Arinaga, cuando en realidad lo que se reivindica en el pleito principal son 51.916 metros cuadrados, se le haya exigido a los actores una fianza en la suma indicada y sin embargo para alzar dicha medida se le exija a la Asociación demandada una caución cinco veces superior,

máxime teniendo en cuenta la naturaleza de las entidades que constituyen la Asociación, por lo que ningún peligro corren los actores de ver satisfecho el derecho que reclaman en el supuesto de que en su día obtuvieran una resolución favorable a sus pretensiones.

Estas alegaciones deben rechazarse y ello por cuanto para la adopción de la medida cautelar inicial el Juez a quo, en este caso el Juez del Juzgado núm. 6 de Telde, realizó un juicio indiciario sobre la concurrencia de los requisitos expresados en el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , a saber, la apariencia de buen derecho o *fumus bonis iuris*, y el peligro por la mora procesal o *periculum in mora*, fijándose por el Juez la caución que se estimó bastante 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. La anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad es medida idónea para impedir que la finca parcialmente reivindicada llegue a poder de tercero de buena fe que sería protegido en su adquisición de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria e impediría la ejecución de la sentencia estimatoria que pudiera recaer en sus propios términos. En cuanto al efecto perjudicial de la medida sobre el patrimonio de la demandada apelante en principio cabe afirmar que es de menor entidad que la imposibilidad de ejecución, puesto que en definitiva la anotación preventiva se limita a publicar frente a todos que existe un procedimiento judicial en curso en el que se reivindica una parte del bien inmueble inscrito, esto es, en dar publicidad a su carácter de litigioso, lo que se corresponde con la realidad de la existencia del procedimiento. En cuanto al importe de la contracautela o caución sustitutoria no se estima desproporcionado si se pone en relación con la cuantía de la demanda, que se fija en 600.000.000 pesetas, equivalente al valor de los terrenos. Si tenemos en cuenta que se reivindican 51.916 metros cuadrados, el valor del metro cuadrado quedaría determinado en 11.557 pesetas. Si tenemos en cuenta que la porción reivindicada de la finca 8.908 de la apelante es de 15.970,37 metros cuadrados, ya que el resto de terreno se reivindica de la finca 17.982 inscrita a favor de la SEPES, veremos que el valor de los terrenos que se reivindican en la demanda a la apelante asciende a 184.569.566 pesetas, según los parámetros expuestos, y, en consecuencia, la caución fijada no sería bastante para responder de la imposibilidad de la ejecución de la sentencia estimatoria sobre los terrenos reivindicados, para el caso en que llegaran a poder de tercero hipotecario, extremo que se evitaba con la anotación preventiva que se

alza a instancia de la apelante. Por lo tanto, estableciendo el artículo 746.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 que la caución sustitutoria debe ser suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare, y comprobado que resulta la fijada próxima pero inferior al valor del terreno que se reivindica según la cuantía de la demanda, no puede considerarse desproporcionada sino por el contrario adecuada y ponderada al fin para el cual viene establecida, lo que conlleva la desestimación del recurso interpuesto.

CUARTO.- Al desestimarse el recurso de apelación deben imponerse a la parte apelante las costas causadas en su sustanciación de acuerdo con el artículo 398.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

LA SALA DIJO: Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Asociación Mixta De Compensación Del Polig.Industrial De Arinaga, contra el auto de fecha 4 de diciembre de 2001, dictado por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, el cual CONFIRMAMOS, en su integridad con expresa imposición a la apelante de las costas de esta alzada.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los Iltmos. Sres. arriba referenciados.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 35016370052005200108