

En la Villa de Madrid, a treinta de noviembre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados al margen anotados, el recurso extraordinario por infracción procesal que con el núm. 2059/2009, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de Luis, S.L., aquí representada por el procurador D. Francisco García Crespo, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo núm. 229/2009, por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 19 de septiembre de 2009, aclarada por auto de 2 de octubre de 2009, dimanante del procedimiento de juicio ordinario núm. 872/2007, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla, en nombre y representación de Pemaanbur, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos dictó sentencia de 19 de febrero de 2009, en el juicio de ordinario núm. 872/2007, cuyo fallo dice:

“Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora D^a Inmaculada Pérez Rey, en nombre y representación de D. Paco y D. Roberto, quienes actúan en nombre y representación de la mercantil Pemaanbur, S.L., contra D. Luis, representado por el procurador D. Andrés Jalón Pereda, debo:

1. Declarar y declaro extinguido el contrato de modificación parcial del contrato de arrendamiento de fecha 1 de abril de 1997, otorgado en fecha 1 de octubre de 1998 por D^a Carmen a favor del demandado, con objeto en el negocio que gira (en el) tráfico mercantil con el nombre comercial de “Cafetería Qué Toma´s”, y que ejerce sobre los locales de la actora; declarando del mismo modo extinguidos los contratos anteriores de los que (la) mencionada modificación trae causa, en la parte que permanecían vigente, todo ello como consecuencia de la compraventa de los locales otorgada en fecha 25 de junio de 2007 a favor de la actora.
2. Condenar y condeno al demandado a desalojar las fincas objeto del pelito, con apercibimiento de lanzamiento si no lo verifica (dentro) del plazo legal.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada”.

SEGUNDO.- La sentencia contiene, en síntesis, las siguientes declaraciones:

1. La parte demandante, D. Paco y D. Roberto, quienes actúan en nombre y representación de Pemaanbur, S.L., presentó demanda contra D. Luis, en la que se interesaba que se declarara extinguido el contrato de modificación parcial del contrato de arrendamiento de 1 de abril de 1997, otorgado el 1 de abril de 1998 por D^a Carmen a favor del demandado, cuyo objeto es el negocio que gira con el nombre comercial de “Cafetería Qué Toma´s”, y los contratos anteriores de los que la mencionada modificación trae causa, en la parte que permanecieran vigentes, como consecuencia de la compraventa de los locales otorgada el 25 de junio de 2007 a favor de la demandante, y que, en consecuencia con tal declaración, se condenara al demandado a desalojar las fincas objeto del proceso, con apercibimiento de lanzamiento.

Subsidiariamente, que se declare que, en un futuro el contrato se extinguirá por el transcurso del plazo pactado, el 30 de septiembre de 2008.

2. La parte demandada se opuso a la demanda sosteniendo que el contrato es un arrendamiento de local de negocio, que no procede su extinción ni siquiera aunque se

considere un arrendamiento de industria y, sobre la petición subsidiaria de la demanda, que el plazo de arrendamiento pactado fue hasta el 31 de octubre de 2014.

3. Atendiendo a la literalidad de lo pactado, el contrato es un arrendamiento de industria.

4. Un precepto como el artículo 1571 CC, en el conflicto que se plantea con la venta de la finca arrendada entre el nuevo dueño y el arrendatario, opta por dar preferencia a aquel, a menos que la situación del arrendatario se halle robustecida por la publicidad del Registro, lo que aquí no sucede, o exista pacto en contrario, lo que tampoco es el caso.

5. Procede declarar extinguido el contrato de arrendamiento de industria, por la venta de las fincas arrendadas y estimar la demanda.

6. Procede imponer las costas al demandado.

TERCERO.- La Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Burgos dictó sentencia de 18 de septiembre de 2009, en el rollo de apelación núm. 229/2009, cuyo fallo, aclarado por auto de 2 de octubre de 2009, dice:

“Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Andrés Jalón Pereda, en nombre y representación de D. Luis, contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2009 (del Juzgado de Primera Instancia) de Burgos núm. 5 en el juicio ordinario núm. 872/2007, procede su confirmación, con expresa imposición de las costas procesales a la parte recurrente”.

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos jurídicos:

“Primero.- Se interpone el presente recurso de apelación contra la sentencia que estima una acción resolutoria de contrato de arrendamiento de negocio al amparo del artículo 1571 del Código Civil, que reconoce al comprador de una finca arrendada el derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Por ello la sentencia declara la resolución contractual y condena al demandado a desalojar las fincas objeto del pleito, con apercibimiento de lanzamiento si no lo verifica dentro del plazo legal.

Segundo.- Como cuestión previa y relacionada con la admisión del recurso la parte apelada plantea en su escrito de oposición que por la parte apelante no se ha dado cumplimiento al requisito de admisibilidad previsto en el artículo 449.1 LEC. En los procesos que lleven aparejado el lanzamiento no se admitirán al demandado los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si al prepararlos no manifiesta acreditándolo por escrito tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato debe pagar adelantadas.

En el presente caso, examinado el escrito de preparación y el de interposición del recurso de apelación, no se contiene expresión alguna en la que el recurrente diga que está al corriente en el pago de las rentas, sin que por supuesto se acredite nada al respecto.

La parte apelada, en su escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario, denuncia que no le han sido abonadas las rentas del periodo comprendido entre julio de 2007 a mayo de 2009, más el IVA de dichas cantidades, la tasa de basura y las cuotas de la comunidad de propietarios, en total 40 044,66 €.

Contesta la recurrente a la causa de inadmisibilidad del recurso y aporta justificante de haber consignado judicialmente, a fecha 4.6.2009, la suma de 42000 €, sin que con posterioridad y hasta la fecha de la presente resolución obre en autos que se haya consignado cantidad alguna.

Tercero.- En primer lugar, alega la recurrente que se acuerde la subsanación del error omisivo cometido al no justificar la consignación de las rentas con la interposición del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 449.5 en relación con el artículo 231 de la LEC.

Dispone el artículo 449.6 de la LEC que en los casos de los apartados anteriores antes de rechazar o declarar desiertos los recursos se estará a lo dispuesto en el artículo 231 de esta Ley, cuando el recurrente hubiese manifestado su voluntad de abonar, consignar, depositar o avalar las cantidades correspondientes, pero no acreditara documentalmente a satisfacción del tribunal el cumplimiento de tales requisitos.

En este caso no ha manifestado la parte que recurre su voluntad de pagar o consignar las rentas, por lo que no puede subsanarse la falta de acreditación del requisito.

La obligación que contempla el artículo 449.1 de la LEC no es de ninguna manera la de “depósito necesario para recurrir”, como sí lo es el depósito de la condena al pago de la indemnización en los asuntos de tráfico, o de las cuotas pendientes de una comunidad de propietarios. La obligación que impone al arrendatario el artículo 449.1 es la de acreditar que se está al corriente en el pago de las rentas vencidas al tiempo de la interposición del recurso. No será necesario que el apelante consigne las rentas, depositándolas en el juzgado, si al tiempo de la preparación del recurso acredita con el recibo correspondiente que ya las ha pagado. Solo será necesario que el apelante consigne las rentas en el juzgado- al tiempo de la preparación del recurso- cuando no hayan sido recibidas por el arrendador, pero esta consignación es más bien un derecho que tiene el arrendatario para impedir que por el mero hecho de no estar al corriente de pago el arrendador se oponga a la admisión del recurso. Y finalmente la obligación del arrendatario de estar al corriente del pago de las rentas no es una obligación de naturaleza procesal, se trata de una obligación de carácter sustantivo derivada del contrato de arrendamiento, y lo único que impone la ley procesal es acreditar que la obligación se ha cumplido.

Cuarto.- Subsidiariamente, interesa la parte recurrente que se declare la inaplicación del requisito establecido en el artículo 449.1 de la LEC, por no haberse ventilado el litigio en un proceso de desahucio, únicos juicios sumarios que llevan aparejados el lanzamiento por mandato legal, sino en un juicio ordinario complejo, con diversas alegaciones de hecho y de derecho.

En este punto, señala la SAP Burgos, Sección 2.^a, de 22 de junio de 2006 que: “El precepto que se examina permite entender que en los procesos que llevan aparejado lanzamiento, no se admitirán al demandado los recursos devolutivos, cuando procedan, si no acredita al interponerlos tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas, o si no las consignase judicial o notarialmente. Los términos del precepto exigen el cumplimiento del requisito en todos los procesos que lleven aparejado el lanzamiento y no sólo en los de desahucio por falta de pago. Si al efecto se tiene en cuenta el artículo 250.1.1.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se aprecia que la pretensión de recuperación de la finca por parte del dueño de un inmueble urbano, que caso de prosperar ha de conllevar necesariamente el lanzamiento de su poseedor, procede tanto por impago de las rentas, como por expiración del plazo, que es el supuesto analizado. Lo anterior nos lleva a la conclusión de que la exigencia de estar al corriente de las rentas

vencidas, para el mantenimiento del derecho a recurrir, no es aplicable solo a los procesos por impago de rentas, sino a cualquiera en que se pueda producir el lanzamiento. Ello es lógico y como previsión legal de que el arrendatario no se aproveche de la utilización del bien arrendado, alargando el proceso mediante el recurso, sin cumplimiento de su principal contraprestación cual es el abono de la renta, para que se mantenga el equilibrio de prestaciones propias de todo contrato bilateral. Como se lee en la STC 217/2002, de 25 noviembre, “asimismo, por lo que se refiere al requisito procesal discutido en el presente caso, hemos declarado en reiterada y consolidada jurisprudencia que la condición del pago o consignaciones de rentas vencidas al tiempo de la interposición del recurso o de las que vayan venciendo durante su tramitación, según lo dispuesto en los artículos 1566 y 1567 LEC 1881 (en la actualidad en el artículo 449.1 y 2 de la Ley 1/2000), no constituye un formalismo desproporcionado sino que representa una exigencia esencial para el acceso y la sustanciación de los recursos. Ello se justifica por la propia finalidad de la imposición legal de tal requisito procesal, que es el asegurar los intereses del arrendador que ha obtenido una sentencia favorable, evitando que el arrendatario se valga del sistema de recursos que la Ley concede como medio para continuar en el goce del inmueble arrendado sin satisfacer la contraprestación de la renta, convirtiendo así el recurso en una maniobra dilatorias del lanzamiento en perjuicio del arrendador (STC 204/1998, de 26 de diciembre, y las allí citadas)”.

Doctrina que es perfectamente aplicable en el presente caso, en el que la acción resolutoria del contrato de negocio, ejercitada al amparo del artículo 1571 del Código Civil, conlleva el lanzamiento para el caso de que el demandado recurrente no desaloje, voluntariamente y dentro del plazo legal, la finca objeto de resolución contractual.

Quinto.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a la parte apelante, y no apreciarse circunstancia legal que justifique otro pronunciamiento”.

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, presentado por la preprestación procesal de D. Luis se formulan los siguientes motivos:

Motivo primero. “Consideramos que la sentencia de apelación infringe el principio el derecho a la subsanación de los defectos procesales, e infringe en interpretación sistemática el artículo 231 de la LEC en relación con el siguientes 449.1, 2, 5 y 6 de la misma norma”.

Se basa este motivo, en resumen, en las siguientes alegaciones:

Al contestar la demanda, el recurrente formuló el compromiso de subsanar los defectos procesales en que se pudiera incurrir y en la contestación se expuso haber intentado pagar las rentas de alquiler y se aportó el expediente de consignación de las rentas a favor de la demandante.

Es cierto que al preparar el recurso de apelación no se manifestó estar al corriente del pago de las rentas, pero se hizo así por la previa oposición de la demandante al cobro.

Alegado en el escrito de oposición al recurso de apelación la pretendida causa de no-admisión de la apelación, el recurrente procedió dentro de los diez días siguientes a la advertencia del posible error a consignar la cantidad correspondiente, según consta acreditado con el justificante aportado con el escrito de 4 de julio de 2009.

Fue consignada la cantidad de 42 000 €, muy superior a la que, según la demandante, se adeudaba.

El artículo 449.3 LEC contempla la consignación como una facultad del arrendatario, como adelanto respecto a las rentas no vencidas y ni siquiera contempla el supuesto de negativa de la parte arrendadora a recibir las rentas.

La arrendadora ha tenido una actitud maliciosa al no recibir las rentas y el error de no manifestar expresamente en el anuncio de la apelación estos hechos no puede frustrar el derecho de tutela efectiva.

1.º La consignación es ajustada a Derecho y supone la subsanación de un error al amparo del artículo 231 LEC, al que remite el artículo 449.6 LEC.

Según estas normas, el defecto es subsanable.

Según estas normas lo importante es la voluntad de pago, no un criterio rigorista. El interés del arrendador está protegido, por lo que se solicita la tutela el Tribunal.

La doctrina alegada por la demandante en el escrito de oposición a la apelación está superada por el principio pro actione.

Cita los artículos 243 LEC y 11.3 LOPJ.

Una interpretación teleológica del artículo 449.1 LEC, junto con una interpretación sistemática de los preceptos citados, obligan a estimar posible la subsanación del error en el que haya podido incurrir la parte al no consignar las rentas.

2. Subsidiariamente a lo manifestado, no es pacífico qué rentas deben pagarse de forma anticipada con arreglo al contrato, ya que la parte demandante niega la existencia y vigencia de contrato alguno y por esta razón rechazó el cobro de las rentas en el expediente de consignación.

Si nos atenemos al principio de los actos propios, consagrado en el artículo 7.1 CC, la parte demandante a partir de septiembre de 2007 declaró el vínculo extinguido y opuso que la situación del recurrente era de precario. Se negó a recibir las rentas y opuso la existencia de esas rentas para interesar la no-admisión de la apelación. Esta actuación es un ejercicio perverso del derecho.

La influencia en el proceso de esta infracción, cometida por la sentencia recurrida, es clara, dado que se ha desestimado el recurso de apelación sin entrar a examinar el fondo del asunto.

Motivo segundo. “Subsidiariamente respecto del motivo de recurso anterior, consideramos que la sentencia de apelación infringe los artículos 449.1 y 2 de la LEC, en relación con el anterior 209.4, sobre la forma y contenido de las sentencias, y que debió declarar la “inadmisión del recurso” y no la desestimación, como declara. También se infringe el artículo 398.1 LEC”.

El motivo se basa, en resumen, en las siguientes alegaciones:

La sentencia recurrida ha desestimado el recurso de apelación y ha impuesto las costas al apelante, aunque no entra en el fondo del asunto, sino que -como cuestión

previa- examina si es admisible el recurso de apelación con arreglo al artículo 449.1 LEC.

Esta resolución es lesiva para el interés del recurrente, dado que la falta del requisito debía haberse puesto de manifiesto al preparar el recurso y de esa manera la demandante no habría formulado oposición y no se habrían generado las costas a cuyo pago ahora se condena al apelante.

Debería decretarse la no admisión del recurso, que la apelación queda desierta y sin imposición de las costas de apelación.

El recurrente no fue advertido del error al anunciar su recurso, e hizo la consignación al advertir el error. De haberse dado el trámite de subsanación y de haberse declarado la consignación extemporánea, no se habrían realizado más actos procesales, se habría declarado la improcedencia de la apelación y no se habrían generado costas.

Por estas razones, con carácter subsidiario al motivo primero, se solicita que se declare que el recurso de apelación no es admisible, sin imposición de las costas de la apelación.

Termina la parte recurrente solicitando a la Sala que “se dicte resolución por la que se acuerde: Declarar la infracción procesal de la sentencia objeto de recurso de haber declarado la desestimación del recurso indebidamente, por no existir causa de inadmisión del recurso, declara subsanados los posibles defectos de admisibilidad del recurso de apelación formulado a nombre de D. Luis y, y ordenar que se repongan las actuaciones al momento de resolver el recurso de apelación, del que deberá entrar a conocerse sobre el fondo del asunto por el Tribunal de apelación.

Subsidiariamente, de no ser acogido el primer motivo del presente recurso, deberá decretar que la sentencia incurre en infracción procesal por no haber causa de desestimación del recurso sino de inadmisión del mismo, con el efecto de quedar el recurso desierto y no desestimado, y sin que quepa imponer las costas de desestimación del recurso, debiendo resolver en tal sentido, o, en su caso, ordenar que se repongan las actuaciones y que sea el Tribunal de apelación el que subsane la resolución a dictar en este sentido, con lo demás que proceda”.

SEXTO.- Por auto de 22 de febrero de 2011 se acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal, excepto en lo relativo a la denuncia de infracción del artículo 398 LEC, efectuada en el motivo segundo.

SÉPTIMO.- En el escrito de impugnación presentado por la representación procesal de Pemaanbur, S.L. se formulan las siguientes alegaciones:

Previo. El recurrente no tuvo disposición y voluntad de pagar y hubo negativa de la demandante al recibo de las rentas.

A) El expediente de consignación de rentas promovido en septiembre de 2007 no tuvo el resultado liberatorio que se dice en el recurso. El expediente de consignación fue sobreseído por la oposición del arrendador, y se remitió a las partes al juicio contencioso correspondientes. No se declaró bien hecha la consignación. La demandante no se negó a recibir las rentas sino que se opuso frente a la pretensión injusta de la arrendataria que falseó un contrato para abonar una renta muy inferior a la pactada.

El expediente de consignación no tenía por objeto pagar las rentas, sino hacer valer un contrato que ha resultado ser nulo.

B) Sobre la pretendida disposición y buena voluntad de pagar del recurrente.

De la prueba documental resulta que el incumplimiento del recurrente es palmario, pues podría discutirse el importe de las rentas pero no el resto de las cantidades adeudadas.

Han sido muchos los requerimientos verbales que la demandante hizo al recurrente para intentar la solución amistosa del asunto, y todos fueron desatendidos.

Solo ha reaccionado el recurrente cuando la demandante se opuso a la admisión del recurso de apelación por no haberse dado cumplimiento al artículo 449.1 LEC.

Primero. Al motivo primero.

Solo es posible subsanar la falta de acreditación de tener satisfechas las rentas, pero no la falta de su pago.

El artículo 449.6 no permite la subsanación, pues se refiere al recurrente que hubiera manifestado su voluntad de pagar o depositar las rentas, lo que no fue el caso.

El expediente de consignación de rentas, al declararse contencioso, dejó inalterada la situación.

No existen los actos propios del demandante que se han alegado en el recurso, ya que la demandante nunca alegó la ocupación del inmueble en precario.

La demandante no se opuso a aceptar la renta devengada en virtud del contrato de arrendamiento, sino que se opuso a aceptar la renta que pretendía el recurrente.

Segundo. Al motivo segundo.

Admitida la apelación formulada por el recurrente y formulada oposición por la demandante, no procedía decretar la no-admisión de la apelación, sino su desestimación, aunque el fundamento de esta sea que no debió admitirse la apelación.

Termina la parte recurrida solicitando a la Sala que «se dicte resolución por la que desestimando el recurso interpuesto, se declare que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, que es objeto del recurso, es ajustada a Derecho en todos sus extremos, y que no incurre en ninguna de las infracciones procesales que el recurrente le atribuye».

OCTAVO.- En el rollo de apelación núm. 229/2009, del que dimana este recurso extraordinario por infracción procesal, constan los siguientes particulares, de interés para la decisión del recurso:

1. Escrito de 5 de junio de 2009, presentado por la representación procesal de D. Luis, cuyo suplico, en lo que interesa para el recurso, es el siguiente:

“Suplico a la Sala que, teniendo por presentado este escrito se digne admitirlo y, en su mérito, dicte resolución por la que:

En caso de estimar que esta parte ha incurrido en un error omisivo por no justificar la consignación de las rentas con la interposición de su recurso de apelación, acuerde su subsanación por medio de la justificación unida a este escrito, de conformidad con el artículo 449.6 LEC en relación con el artículo 231 LEC”.

2. Unido al anterior escrito consta fotocopia del documento consistente en resguardo de ingreso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales del Juzgado de Primera instancia núm. 5 de Burgos, de la cantidad de 42 000 €, en concepto de rentas, efectuado el 4 de junio de 2009.

NOVENO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 23 de noviembre de 2011, en que tuvo lugar.

DÉCIMO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

AATS, autos del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

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

RC, recurso de casación.

RIP, recurso extraordinario por infracción procesal.

RIPC, recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

RQ, recurso de queja.

SSTC, sentencia del Tribunal Constitucional.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. La entidad demandante, como compradora de unos locales arrendados, interpuso demanda sobre extinción de contrato de arrendamiento de industria, frente al arrendatario y solicitó -en lo que interesa para el recurso- la condena del demandado a desalojar los locales arrendados, bajo apercibimiento de lanzamiento.

2. El demandado se opuso a la demanda. Con la contestación acompañó como documento -entre otros- copia del escrito con el que el demandado había promovido frente al demandante, antes de la presentación de la demanda, un expediente de consignación judicial de rentas, relativo a las rentas de julio, agosto y septiembre de 2007.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, declaró extinguido el contrato de arrendamiento de industria como consecuencia de la compraventa de los locales arrendados y condenó al demandado al desalojo, bajo apercibimiento de lanzamiento.

4. El demandado formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. El Juzgado tuvo por preparado y por interpuesto el recurso de apelación.

5. La demandante, en el escrito de oposición al recurso de apelación, denunció el incumplimiento por el apelante del artículo 449.1 LEC, por adeudarse las rentas comprendidas entre los meses de julio de 2007 a mayo de 2009, el IVA correspondiente a dichas cantidades, las tasas de recogida de basuras desde el 28 de

mayo de 2008 al 28 de julio de 2008, y las cuotas de la comunidad de propietarios a fecha 26 de marzo de 2009, por el importe total de 40 044,66 €.

El Juzgado tuvo por formulada la oposición al recurso y remitió los autos a la Audiencia Provincial el 28 de mayo de 2009.

6. El demandado, el 5 de junio de 2009, presentó escrito ante la Audiencia Provincial, al que acompañó resguardo acreditativo de haber consignado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales del Juzgado de Primera Instancia, el 4 de junio de 2009, el importe de 42 0000 € y alegó, en lo que interesa para el recurso, que la falta de cumplimiento del requisito previsto en el artículo 449.1 LEC es subsanable.

7. La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación. Declaró que:

- i) en los escritos de preparación e interposición del recurso de apelación el recurrente no manifestó estar al corriente del pago de las rentas;
- ii) el recurrente no ha manifestado su voluntad de pagar o consignar las rentas, por lo que el incumplimiento del requisito no es subsanable, de acuerdo con el artículo 449.6 LE;
- iii) la obligación del pago de las rentas no es de naturaleza procesal, sino substantiva, lo que impone la norma procesal es acreditar que la obligación se ha cumplido, por lo que solo procede la consignación si el arrendador se niega a recibirlo;
- iv) el requisito es exigible en todos los procesos que llevan aparejado el lanzamiento como es el caso, y no solo en los juicios sumarios por desahucio, y
- vi) se imponen las costas de la apelación al recurrente.

8. El demandado presentó escrito en el que solicitó la aclaración de la sentencia. Basó esta petición en que, dado el fundamento de la sentencia, esta debía pronunciarse en el sentido de que la apelación no debía ser admitida, sin imposición de costas al apelante, pero no en el sentido de que el recurso de apelación debía ser desestimado con imposición de costas al apelante.

La petición de aclaración fue desestimada.

9. Contra esta sentencia la entidad demandada ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido admitido, excepto en lo relativo a la denuncia de infracción del artículo 393 LEC, efectuada en el encabezamiento del motivo segundo.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo primero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

“Consideramos que la sentencia de apelación infringe el principio el derecho a la subsanación de los defectos procesales, e infringe en interpretación sistemática el artículo 231 de la LEC en relación con el siguientes 449.1, 2, 5 y 6 de la misma norma”.

Se alega, en síntesis, que:

- i) la circunstancia de que el recurrente no estuviera al corriente del pago de las rentas en el momento de formular el recurso de apelación es subsanable, pues en la contestación a la demanda manifestó su voluntad de cumplir los requisitos procesales

y, alegado por la demandante apelada el incumplimiento del artículo 449.1 LEC como causa de no-admisión de la apelación, procedió -sin requerimiento judicial previo- a consignar de forma voluntaria una cantidad mayor que la que la parte apelada había manifestado que se adeudaba;

ii) que debe tenerse en cuenta que la demandante se había negado a aceptar las rentas en un expediente de consignación promovido antes del proceso, y que su actuación al denunciar el incumplimiento del artículo 449.1 LEC es contraria a los actos propios, ya que la demandante ha alegado la situación de precario del recurrente; y

iv) con la consignación efectuada -aunque se considere que fue extemporánea- está garantizado el derecho de la parte apelada que pretende proteger el artículo 449.1 LEC.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- El incumplimiento del requisito previsto en el artículo 449.1 LEC.

A) Esta Sala ha declarado que el incumplimiento del presupuesto contemplado en el artículo 449.1 de la LEC 2000, para la procedencia de los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y casación, no puede ser subsanado mediante un pago o consignación extemporánea y solo es posible la subsanación de la acreditación del pago o consignación (AATS de 25 de septiembre de 2007, RC núm. 398/2003, 23 de marzo de 2010, RIPC núm. 1131/2008, 25 de mayo de 2010, RQ núm. 651/2009).

Este criterio se ajusta a la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada en relación con otros precedentes normativos del artículo 449 LEC (SSTC 346/93, 249/94, 100/95, 26/96, 216/98 10/99) que puede ser resumido en los siguientes puntos:

a) La consignación para recurrir no constituye un mero requisito formal, sino una exigencia sustantiva o esencial, cuya finalidad es asegurar los intereses a quien ha obtenido una sentencia favorable, es un requisito esencial para acceder a los recursos que no cabe reputar desproporcionado, atendidos los fines a los que está ordenado.

b) Este presupuesto debe interpretarse una manera finalista o teleológica, atendiendo tanto a la propia finalidad que con su imposición persigue el legislador -que no es otra que asegurar que el sistema de los recursos no sea utilizado como instrumento dilatorio-, como al principio de interpretación de las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva y a la regla general del artículo 11.3 LOPJ.

c) Debe distinguirse entre el hecho del pago o consignación, en el momento procesal oportuno, y el de su prueba o acreditación. Es posible la subsanación de la falta de acreditación del cumplimiento cuando no se hubiese facilitado justificación de ese extremo, por ser este un requisito formal susceptible de ser subsanado, pero no la subsanación hecho del pago o consignación en sí mismo.

d) Solo puede fundar una resolución de no-admisión del recurso la previa la concesión de un plazo para la subsanación de la falta de acreditación de su cumplimiento.

e) La decisión de no admitir el recurso por la falta de un requisito esencial se compadece plenamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de derecho a acceder y utilizar los medios de impugnación dispuestos por el legislador, de manera que solo tras ser establecidos en la Ley pasan a formar parte del contenido

del derecho a la tutela judicial efectiva y lo refuerzan, pero siempre en la concreta configuración de cada una de las leyes de enjuiciamiento.

Este criterio coincide con el aplicado por este Tribunal para el examen del cumplimiento del artículo 449 LEC cuando afecta a otra clase de procesos distintos de los arrendaticios que llevan aparejado el lanzamiento (SSTS de 24 de noviembre de 2010, RIPC núm. 90/2007, 5 de mayo de 2010, RC núm. 588/2006, 29 de septiembre de 2010, RC núm. 1393/2005, 19 de mayo de 2011, RC núm. 2033/2007).

B) En aplicación de esta doctrina el motivo debe ser desestimado, dado que lo que pretende el subsanar la falta de cumplimiento del requisito establecido en el artículo 449.1 LEC y no la falta de acreditación del cumplimiento del requisito, pues consta en el rollo de apelación -y no se discute en el recurso- que el recurrente efectuó la consignación de las rentas adeudadas después de la interposición del recurso de apelación, de lo que deriva que no se encontraba al corriente de su pago en el momento de la preparación del mismo, como exige la norma.

C) Para agotar la respuesta a las alegaciones efectuadas en el motivo, deben hacerse las siguientes precisiones:

1. Lo previsto en el artículo 231 LEC debe entenderse subordinado al carácter subsanable o no del defecto observado. Avala este criterio el hecho de que la remisión del artículo 449.6 LEC al artículo 231 LEC se limita a la acreditación documental del cumplimiento del requisito, recogiendo la orientación jurisprudencial existente con anterioridad a la LEC.

2. Los artículos 449.6 LEC y 243 y 11.3 LOPJ deben ser aplicados al caso desde la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional que ha quedado expuesta, por lo que estos preceptos solo permiten la subsanación de la falta de acreditación -por lo general, documental- del cumplimiento del requisito.

3. Las alegaciones relativas a la actuación de la demandante son irrelevantes para el examen del cumplimiento del requisito, dado que, admitiendo a efectos dialécticos -puesto que es una cuestión sobre la que esta Sala no debe pronunciarse- que la demandante haya actuado con mala fe, en contra de sus propios actos o se haya negado a admitir el pago de la renta, se trata de circunstancias que no impedirían al recurrente proceder a la consignación de las rentas y cantidades adeudadas ante el Juzgado de Primera Instancia, como finalmente hizo, aunque de forma extemporánea.

4. Las alegaciones del recurrente sobre la discrepancia entre las partes sobre el importe de las rentas adeudadas tampoco justifica la inobservancia del requisito, pues el recurrente ni siquiera consignó con la preparación de la apelación las cantidades que estimaba adeudadas.

5. No es posible ponderar circunstancia concurrente alguna que permita declarar la voluntad del recurrente de cumplir con el requisito, pues desde la conclusión del expediente de consignación promovido con anterioridad a la demanda, el recurrente no ha acreditado su intención de pago de las rentas, ni ha procedido a su consignación no obstante estar pendiente el proceso.

6. La invocación del principio pro actione (a favor de la acción) no es suficiente para justificar la admisión de la apelación, pues, según ha reiterado el Tribunal Constitucional, no hay una exigencia constitucional a la dispensa de la tutela de los derechos y garantías procesales en sede jurisdiccional y por vía de recurso, ya que su salvaguarda se encuentra garantizada naturalmente por la vía del amparo

constitucional, y menos aun una exigencia constitucional a una protección jurisdiccional incondicionada, dada la naturaleza de derecho de prestación que presenta el derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo ejercicio está supeditado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales (SSTC 252/2000, 3/2001 y 13/2002), no existiendo tampoco una obligación derivada de la Constitución que imponga una interpretación de las normas rectoras del recurso que favorezcan necesariamente al recurrente para obtener esa protección jurisdiccional (SSTC 63/2000, 258/2000 y 6/2001).

CUARTO.- Enunciación del motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

“Subsidiariamente respecto del motivo de recurso anterior, consideramos que la sentencia de apelación infringe los artículos 449.1 y 2 de la LEC, en relación con el anterior 209.4, sobre la forma y contenido de las sentencias, y que debió declarar la “inadmisión del recurso” y no la desestimación, como declara”.

Se alega, en síntesis, que la sentencia recurrida, es lesiva para el interés del recurrente, y que ha desestimado el recurso de apelación por concurrir una causa de no-admisión del mismo, y ha impuesto las costas de la apelación al recurrente, sin tener en cuenta que, de haberse apreciado la falta de cumplimiento del requisito previsto en el artículo 449.1 LEC en la fase de preparación de la apelación, según procedía, se hubiera evitado la tramitación de la apelación sin costas para el recurrente, por lo que la sentencia recurrida debió declarar no admisible la apelación, por haber resultado desierta, sin imposición de las costas al recurrente.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- La concurrencia de una causa de no-admisión del recurso apreciada en la sentencia.

La cuestión planteada en el motivo carece de fundamento, por las siguientes razones:

1. Admitido el recurso de apelación sin haberse dado cumplimiento al requisito del artículo 449.1 LEC, no procedía declarar desierto el recurso de apelación, dado que esto solo se produce cuando, después del cumplimiento del artículo 449.1 LEC, el recurrente deja de pagar las cantidades que vayan siendo exigibles durante la tramitación del recurso, según se deduce del artículo 449.2 LEC.
2. La LEC no contempla un trámite en la segunda instancia, antes de dictar sentencia, que permita a la Audiencia Provincial revisar el pronunciamiento de admisión del recurso de apelación.
3. La decisión de la sentencia recurrida al desestimar el recurso de apelación por advertir la concurrencia de una causa que suponía que la apelación no debió ser admitida, se ajusta al criterio seguido por esa Sala (SSTS RC núm. 711/2000, 13 de febrero de 2009, RC núm. 2/2001, 31 de enero de 2011, RIP núm. 1916/2007, 14 de febrero de 2011, RC núm. 603/2007).
4. Lo que se pretende en el motivo es que esta Sala aprecie la existencia de circunstancias concurrentes que justificaran la no imposición de las costas de apelación, tema que no puede ser planteado a través del recurso extraordinario por infracción procesal -ni a través del recurso de casación- según se declaró en el auto de 22 de febrero de 2011, de admisión parcial de este recurso.

SEXTO.- Desestimación del recurso y costas.

La desestimación de los motivos alegados comporta la desestimación del recurso de extraordinario por infracción procesal y la procedencia de confirmar la sentencia impugnada, con imposición de las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Luis contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, en el rollo de apelación núm. 229/2009, de 18 de septiembre de 2009, dimanante del juicio ordinario núm. 872/2007, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos, cuyo fallo, aclarado por auto de 2 de octubre de 2009, dice:

“Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Andrés Jalón Pereda, en nombre y representación de D. Luis, contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2009 (del Juzgado de Primera Instancia) de Burgos núm. 5 en el juicio ordinario núm. 872/2007, procede su confirmación, con expresa imposición de las costas procesales a la parte recurrente”.

2. No ha lugar a anular por los motivos formulados la sentencia recurrida que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal al recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- . Román García Varela.- Xavier O'Callaghan Muñoz.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.