



**AUDIENCIA PROVINCIAL  
SECCIÓN QUINTA**

Plaza San Agustín nº6  
Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928-325005

Fax: 928-325035

**RECURSO: RECURSO DE APELACION**

**ROLLO: 0000559/2006**

Procedimiento origen: MEDIDAS CAUTELARES

Nº procedimiento origen: 0000486/2005

Juzgado origen: PUERTO DEL ROSARIO - JDO. 1A.INST.E  
INSTRUCCION N. 1

NIG: 3500025120060000206

Intervención:

Apelado  
Apelante  
Apelante  
Apelante

Interviniente:

Figueroa Santana, Caridad  
J.L.J. PARFUMS S.L.  
Deval Internacional S.A.  
SINCRONÍA 99 S.L.

Abogado:

Medina Medina, Javier  
Marquez Cabrera, Flora Mari  
Dominguez Hormiga, Flavio

Procurador:

Bordon Artiles, Carmen  
Valido Farray, Alejandro  
Perez Almeida, Fco. Javier

NOT. 7/6/07

**AUTO 94**

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Ángel Guzmán Montesdeoca Acosta

Magistrados:

D. Carlos García Van Isschot

D<sup>a</sup>. Mónica García de Yzaguirre (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 29 de mayo de 2007.

**AUTO APELADO DE FECHA:** 26 de enero de 2006

**APELANTE QUE SOLICITA LA REVOCACIÓN:** D./Dña. J.L.J. Parfums S.L., Delval Internacional S.A. y SINCRONÍA 99 S.L.

VISTO, ante la AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN QUINTA, el recurso de apelación admitido a la parte demandada, en los reseñados autos, contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de fecha 26 de enero de 2006 seguidos a instancia de J.L.J. Parfums S.L., por un lado, y de Delval Internacional S.A. y SINCRONÍA 99 S.L., por otro, representadas respectivamente la primera por el Procurador D. Alejandro Valido Farray, y las otras dos entidades por el Procurador D. Fco. Javier Pérez Almeida y dirigidas la primera por la Letrada Dña. Flora María Márquez Cabrera, y las otras dos apelantes por el Letrado D. Flavio Domínguez Hormiga, contra Dña. Caridad Figueroa Santana representada por la Procuradora Dña. Carmen Bordón Artiles y dirigida por el Letrado D. Javier Medina Medina.

**HECHOS**

**PRIMERO.-** Por el Sr. Magistrado-Juez del JDO. 1A.INST.E INSTRUCCIÓN N. 1 de PUERTO DEL ROSARIO, se dictó Auto en el referido procedimiento cuya parte dispositiva, copiada literalmente dice así: "ACUERDO la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad en relación a la finca 23.933 inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 en el Folio 101

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias





vuelto del Tomo 850, Libro 285, del término municipal de La Oliva, que se segrega de la 951, Folio 23, Tomo 706, Libro 221 de La Oliva, Inscripción 17, solicitada por la procuradora Sra. Matoso Betancor en nombre y representación de Dña. Caridad Figueroa Santana frente a las entidades mercantiles JLJ Parfums SL, Delval Internacional SA y Sincronia 99 SL, imponiéndoles a estas entidades las costas de este incidente.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, al que se dará una tramitación preferente, ante la Audiencia Provincial, y que deberá prepararse ante este Juzgado en el plazo de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma, Natalia Martínez Herrero, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Puerto del Rosario y su partido. 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, 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 14 de mayo de 2007.

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

#### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Se alzan las entidades demandadas frente al Auto dictado en la primera instancia que acoge la solicitud de medidas cautelares formulada por la parte actora inicial.

La representación de la entidad JLJ Parfums S.L., titular registral de la finca sobre la que se ha adoptado la medida de anotación preventiva de la demanda, alega en su escrito de interposición del recurso de apelación, que el artículo 728 de la LEC supedita la efectividad de cualquier medida cautelar a la previa prestación por el solicitante de una caución que habrá de ser suficiente para responder de los daños y perjuicios que la medida pudiera causar al demandado, por lo que el artículo 732 exige al solicitante que ofrezca en su escrito de petición de la medida cautelar la prestación de caución, especificando y justificando su importe, así como el tipo del que se ofrece constituirla.

Estima esta recurrente que la efectiva constitución de caución es un presupuesto ineludible de la ejecución de la medida cautelar, mientras que el ofrecimiento de la caución es presupuesto para su adopción inicial. Considera por tanto la apelante que la omisión del ofrecimiento de caución constituye una falta del presupuesto para su adopción y es un claro indicio de la ausencia de voluntad de cumplir con uno de los requisitos de las medidas cautelares lo que debería haber conducido a la inadmisión de la solicitud y, en última instancia, a su desestimación.

Transcribe la representación de JLJ Parfums S.L. lo que la parte solicitante hace constar en el otrosí de su demanda que contiene la petición de la medida cautelar, pues en lo relativo al extremo examinado dice: "*También se solicita que dado el carácter de personas humildes se solicita que no se le exija caución*". A juicio de la recurrente se pone de manifiesto con ello que la solicitante de la medida no tiene intención de prestar caución, en contra de lo que expresamente prevé la Ley,





alegando que no presentará caución por el carácter "humilde" de la actora, alegación que, al entender de la apelante, no es justificación ni excepción a la regla general prevista en el artículo 728.3; y más aún, añade esta parte, cuando no se ha solicitado ni practicado prueba alguna sobre la capacidad económica de la solicitante de la medida cautelar a la hora de fijar la cuantía de la caución.

Cita en su apoyo el Auto de la AP de Madrid, Sec. 10ª, de 24-10-2002 que estima que la falta de ofrecimiento de caución es un defecto no subsanable por la vía del artículo 231 de la LEC porque una cosa es la falta de concreción de la cualidad y cuantía, y otra la falta de ofrecimiento.

Concluye esta recurrente interesando de esta Sala se dicte resolución en virtud de la cual se declare la nulidad del auto de 26 de enero de 2006, ordenando la cancelación de la anotación preventiva que se hubiera practicado en el Registro de la Propiedad en virtud del Auto apelado, con expresa condena de las costas ocasionadas a la solicitante de la medida.

En similar sentido la representación de Delval Internacional S.A. y Sincronía 99 S.L. impugna el Auto de adopción de la medida cautelar recaído en la instancia, alegando que su recurso se centra en el único y fundamental requisito de haber eximido la juzgadora de instancia a la parte solicitante de la obligación de prestar caución, requisito a su entender inexcusable al que alude la normativa aplicable. Considera esta parte que el tercer presupuesto legal para la adopción de cualquier medida cautelar es la caución, que reviste una doble caracterización; la que se desprende del artículo 728.3, y la que deriva del artículo 732.3 de la LEC. Y, por otro lado, la prestación de caución se configura como condición de la efectividad de las medidas acordadas al disponer el artículo 737 párrafo primero que la prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada.

Aduce la parte que la necesidad de ofrecer (con la solicitud) y de prestar (antes de ejecutar la medida acordada) la caución, es independiente de la concurrencia de los otros dos requisitos necesarios para la adopción de cualquier medida cautelar (*fumus bonis iuris*, y *periculum in mora*), aunque la delimitación de la índole y alcance cuantitativo de la caución se ven condicionados por el juicio que merezca el vigor o firmeza de aquéllos, de acuerdo con el artículo 728.3 párrafo segundo de la LEC.

Señala esta parte recurrente que el principal criterio rector en la fijación de la garantía por el órgano jurisdiccional ha de ser el montante probable a que puedan ascender los perjuicios que las medidas puedan infligir al sujeto pasivo, poniéndose al cuidado de aquél la fijación de una garantía conveniente y proporcionada como se deduce, a juicio de esta apelante, del artículo 737 párrafo segundo.

Finalmente alega esta parte que en el caso de autos se da la extraordinaria e injustificable circunstancia de que el solicitante de las medidas no cumplió ni con el requisito esencial de ofrecer la constitución de caución, ni con el de señalar cuantía alguna de ésta para asegurar los eventuales perjuicios que puedan derivarse de su adopción, incumpliendo así con un requisito que constituye no sólo condición de la eficacia de la medida sino también presupuesto de la regularidad de la solicitud, imponiéndose por tanto la desestimación de la solicitud articulada.

Ataca la parte el razonamiento del Auto que dice: "a la vista de la expresada precariedad económica de la parte actora, no procede la prestación de caución" desde varias perspectivas. Por un lado alegando que ninguna prueba se ha practicado que acredite esa supuesta precariedad económica de la parte actora -cuando litiga por Abogado y Procurador particulares y no del turno de oficio, y se reclama el pleno dominio de una finca valorada en más de 500.000 euros-. Y, en segundo lugar, por estimar la recurrente que no existe referencia alguna en la LEC que permita imponer la caución atendiendo a la capacidad económica del solicitante, ya que la caución está dirigida a garantizar los daños y perjuicios que pudieran irrogarse a quien se va a ver perjudicado por la adopción de la medida. Opina esta parte que el juzgador pudo





haber impuesto un tipo u otro de caución, de mayor o menor entidad, pero nunca eximir al solicitante de dicho requisito.

Solicita a la Sala esta parte que con íntegra estimación del recurso de apelación se dicte resolución mediante la que se deje sin efecto la medida cautelar consistente en anotación preventiva de la demandada acordada, con expresa condena de las costas ocasionadas a la demandante.

La parte apelada alega en primer lugar que el recurso que interpone JLJ Parfums SL es extemporáneo pues el último día para interponerlo era el 21 de abril de 2006, y el de gracia era el 24 de abril y, sin embargo, la interposición del recurso de apelación fue presentado el 25 de abril de 2006, por lo que está presentado fuera de plazo y ha de ser inadmitido.

Subsidiariamente manifiesta la apelada que de contrario no se hace mención de las alegaciones efectuadas en el acto de la vista de las medidas cautelares, en la que únicamente la entidad Delval Internacional SA y Sincronía 99 SL se centró en que actuaban de buena fe y que la entidad Parfums SL era otro tercero de buena fe, y en la que sólo discutieron la concurrencia de la cuestión relativa a la fijación o importe al que ha de ascender la caución en la petición de medidas cautelares. Destaca la apelada que no hablaron ni alegaron para nada respecto de la cuestión que ahora están planteando, es decir, el ofrecimiento de garantía o la constitución de caución. Seguidamente argumenta abundantemente esta parte sobre la concurrencia de los requisitos de apariencia de buen derecho y del periculum in mora, reseñando entre otros hechos en su apoyo que la entidad JLJ Parfums SL se dedica a la actividad inmobiliaria.

Alega la apelada que los apelantes están planteando una cuestión nueva no planteada en las contestaciones que realizaron las direcciones legales de las entidades demandadas en la vista del juicio de medidas cautelares, por lo que debe rechazarse de plano. Reconoce la apelada que sí fue objeto de la vista el montante de la caución, cuestión sobre la que la apelada considera que lo dictado por la juez de instancia es correcto por cuanto aparte de la pensión de viudedad que percibe Doña Caridad que asciende a 216,36 euros, más la parte proporcional que percibe del alquiler del local objeto de este procedimiento, no tiene más ingresos, razón por la cual se solicitó que no se fijara caución dada la entidad de personas humildes de su representada, sin que pueda ofrecer garantía pues ninguna entidad bancaria le facilitaría aval dados sus escasos ingresos y que el local objeto del procedimiento o se encuentra inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad. Solicita esta parte, en consecuencia, la desestimación de los recursos y la confirmación de la resolución impugnada.

**SEGUNDO.-** La cuestión sobre inadmisibilidad del recurso de apelación formulado por la representación de JLJ Parfums S.L. debe rechazarse puesto que el sello de entrada en el decanato de los Juzgados de Puerto del Rosario, servicio común de presentación de escritos, del escrito de interposición del recurso presentado por dicha parte, lleva fecha de 24 de abril de 2006, aunque el sello de entrada del referido escrito en el Colegio de Procuradores figure como del siguiente día 25 de abril de 2006, por lo que se encuentra presentado antes de las 15 horas del día hábil siguiente al de la expiración del plazo en la oficina o servicio del registro central establecido en el referido partido judicial, como autoriza el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como ha quedado expuesto en el fundamento anterior, las apelantes atacan el auto de adopción de la medida cautelar solicitada en la demanda en el único extremo relativo a la caución, por cuanto la resolución impugnada exime al solicitante de la medida cautelar de la prestación de caución de clase alguna para la efectividad de la





medida, de anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad en relación a la finca litigiosa, que se acuerda. A estos efectos la impugnación se efectúa en tres aspectos, el primero relativo a la falta de ofrecimiento de caución por el solicitante al tiempo de interesar la medida cautelar, lo que se afirma debe llevar consigo la inadmisión de la demanda cautelar, por ser un presupuesto del ejercicio de la pretensión cautelar. En segundo lugar, la falta del presupuesto legal para llevar a efecto la medida acordada de prestación de caución suficiente, careciendo de amparo legal la exención de caución en este caso. Y por último en relación a los criterios legales para la determinación de la forma y cuantía de la caución entre los que no se encuentra la capacidad económica del solicitante, y la falta de prueba de la alegada falta de medios de la actora que sirve de fundamento a la ausencia de caución en el Auto apelado.

No se impugna por tanto la apreciación de la existencia de apariencia de buen derecho ni de peligro de la mora procesal que acoge el Auto apelado, por lo que la concurrencia de tales requisitos se mantiene incontrovertida en esta alzada.

Como quiera que las alegaciones que efectúan ambas apelantes en sus escritos de interposición del recurso son tachadas de nuevas por la parte apelada, que manifiesta que no fueron tempestivamente opuestas en el acto de la vista, debe partirse de las manifestaciones que efectivamente realizaron las partes en la primera instancia. Y así, visualizado íntegramente el soporte audiovisual en que quedó grabado el acto de la vista se observa que en la contestación a la petición cautelar que se verificó oralmente en dicho acto:

- El letrado de J.L.J. Parfums S.L. alega que su representada es una tercera adquirente de buena fe de la finca que no puede verse afectada, y que además nunca ha tenido la intención de venderla ni de gravarla. Añade que se ha de tener en cuenta que la caución ha de estar acorde al valor de la propiedad.

- El Letrado de Delval Internacional S.L. y de Sincronía 99 S.L., dice que no se acreditan los presupuestos, el peligro de la mora procesal y la apariencia de buen derecho. Reitera lo que ha dicho su compañero de que ha de tenerse en cuenta la cuantía del procedimiento, no la que se señala en el cuarto otrosí de la demanda (29.583 euros), sino la que se puso en la escritura de compraventa por la que adquirió la entidad JLJ Parfums que se estableció en 510.860,29 euros y por la que se liquidó el impuesto correspondiente.

Y en las alegaciones finales:

- El letrado de la parte solicitante afirma que sus clientes son personas muy modestas y que ya en otro procedimiento se les ha fijado 300 euros de caución. Interesa que no se le fije caución pero sí se fija que sea la mínima.

- El Letrado de J.L.J. Parfums S.L., alega que el actor trasciende al fondo del asunto. Que su representada es la propietaria, y que el derecho de la actora ya se verá, que si se adopta la medida se está prejuzgando; que cada caso es diferente, y que él representa a Parfums y la documentación acredita que es la titular y que no ha vendido ni gravado, y que existan otras sentencias no les atañe.

- El Letrado de Delval Internacional S.L. y Sincronía 99 S.L., reitera los requisitos jurisprudenciales, dice que no se acredita el peligro de la mora procesal; existe una transmisión legítima con acceso al registro y existe un artículo 34 de la LH que protege al adquirente, y en todo caso entiende que cualquier medida que se adopte debe ser en relación con la cuantía que tiene ese bien inmueble y que no se puede hablar de modestia cuando el inmueble tiene un valor de 500.000 euros. Solicita la desestimación de la medida y costas a la actora.

**TERCERO.**- Sentado lo anterior procede examinar la alegada falta de ofrecimiento de caución por el solicitante de la medida al tiempo de su demanda cautelar.

Es cierto que la Audiencia Provincial de Madrid tiene expresado en distintas resoluciones que la falta de ofrecimiento de caución debe llevar consigo la inadmisión





a trámite de la solicitud. Cabe citar al respecto el Auto de la AP Madrid, Sec. 28, de 31 de julio de 2006, rec. 304/2006, cuando dice: <<Y, por último, el ofrecimiento de la caución también es presupuesto incluso en la tramitación, previa, lo que se evidencia por los siguientes requisitos: a) Debe mencionarse en la solicitud cautelar y si nada se dice no debe darse curso a la petición, encontrando fundamento esta previsión en la garantía que supone para el contrario conocer desde un primer instante la posición del solicitante con el fin de preparar su defensa; y, b) Debe constituirse la caución exigida por el Tribunal como paso previo e ineludible para que la cautela sea eficaz.>>

En similar sentido el Auto nº 107/2005 de la AP La Rioja, Sec. 1ª, de 27 de septiembre de 2005, rec. 279/2005, cuando dice: <<...mientras la efectiva constitución de la caución es un presupuesto necesario para la ejecución de la medida, el ofrecimiento de la misma lo es para su adopción inicial. Todo ello ya que es preciso posibilitar la defensa del demandado, sea en la audiencia previa o en la oposición posterior, y por otro lado proporcionar al tribunal fundamento para su resolución sobre la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse la caución por el solicitante (artículo 735.2 de la LEC).>>

Sin embargo se sostiene un criterio distinto en el Auto nº 33/2005 AP Sevilla, Sec. 2ª, de 8 de febrero de 2005, rec. 1311/2004 conforme al cual:

<<Los requisitos para la adopción de toda medida cautelar son en puridad dos, la apariencia de buen derecho y el peligro por la mora procesal, que en nuestra LECiv se contemplan en el artículo 728.1 y 2; la caución exigible al solicitante de la medida cautelar no constituye fundamento de la decisión que la acuerda, sino que aquélla se considera mero presupuesto de ejecución de la medida ya acordada. Es decir, la caución o fianza es un fundamento del cumplimiento de la medida cautelar pero no de su adopción. Por tanto, resulta intrascendente a efectos de acordar la medida cautelar que se haya ofrecido o fianza, pues el Juzgador podrá adoptarla en atención a, la concurrencia de los presupuestos necesarios para ello, aunque para su efectividad será exigible la caución que, a criterio de aquél, sea suficiente. En consecuencia la falta de ofrecimiento de la caución, como perfectamente se declara en el auto apelada puede ser subsanada en algún momento anterior a la adopción de la medida.>>

De hecho la AP La Rioja en el Auto antes citado de 27 de septiembre de 2005 considera que la omisión por el solicitante de la medida de la determinación en cuanto a la prestación de la caución, incumpliendo las disposiciones establecidas por el párrafo tercero del artículo 732.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que se haya manifestado de forma clara en su demanda, donde solicita la adopción de la medida cautelar, su intención de prestar la caución, es un requisito subsanable.

En el caso presente no existe una omisión absoluta de mención de la caución en la demanda cautelar sino que lo que contiene es una petición expresa de que no le sea fijada caución a la solicitante. Y con posterioridad en el acto de la vista se añade que para el caso que no se estime conveniente la exención de la prestación de la caución se fije una caución en cuantía mínima, y se hace alusión a otra caución ya impuesta por importe de 300 euros en otro proceso análogo.

Esta Sala considera que tanto el ofrecimiento de caución como su determinación, forma o cuantía, deben constar en la petición cautelar en la medida en que evitarán la posible indefensión de la parte demandada de la medida cautelar que concretamente se haya interesado, posibilitando el debate y prueba de todos estos extremos en el acto de la vista con plenitud. En consecuencia, la ausencia de todo ello deberá ser denunciada por la parte demandada en la contestación a la medida cautelar, y podrá ser objeto de subsanación si en dicho acto de la vista se aclaran todos estos extremos por la parte solicitante y no se reduce ni se lesiona el derecho de defensa de la contraria, que, en su caso, deberá denunciar dicha lesión.

En el presente caso ninguna indefensión ha sido denunciada por las ahora apelantes en el acto de la vista, ni tampoco se opuso la ausencia del requisito de falta





de ofrecimiento de caución como obstativo a la admisión a trámite de la medida, o a su adopción. Además, si existió mención expresa a la caución en la petición cautelar, aunque lo fuera para interesar su exención, y en el acto de la vista quedó claro por la parte solicitante que para el caso que se considerara necesaria la fijación de caución por el Juez ésta debía ser de un importe mínimo, haciendo alusión a la cuantía y forma de la caución adoptada en otro procedimiento por importe de 300 euros en dinero metálico.

No habiendo formulado protesta ni alegación alguna las demandadas en cuanto a este hecho en el acto de la vista les está vedado en el escrito de interposición del recurso de apelación alegar cuestiones nuevas no invocadas tempestivamente en la primera instancia. En consecuencia, y teniendo en cuenta lo expuesto, deben rechazarse los recursos de apelación en cuanto alegan la ausencia de ofrecimiento de caución como requisito de admisión a trámite del proceso cautelar, o de adopción de la medida.

**CUARTO.-** Debe examinarse ahora la adecuación del auto impugnado a la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto exime de la prestación de caución a la solicitante, así como en cuanto expresa como motivo que fundamenta esta exención la insuficiencia de medios económicos de la demandante cautelar.

Como reflexión previa debe decirse que en el caso presente la apelante titular registral de la finca objeto de la medida no puso en tela de juicio ni negó en ningún momento de la vista de la primera instancia el hecho, que sí se alega en la demanda cautelar, de que la actora sea de condición humilde y carezca de recursos económicos para la prestación de caución. Tampoco negó ni efectuó alegación alguna respecto de este hecho la representación de Delval Internacional S.L. y Sincronía 99 S.L. en la contestación oral a la demanda, verificada en el acto de la vista, aunque sí hizo alguna alusión en el informe final. Negar este hecho ex novo en el escrito de interposición del recurso de apelación resulta extemporáneo, puesto que veda a la parte apelada el proponer y practicar prueba para acreditarlo. La parte demandada en cualquier proceso, incluso el cautelar, tiene la carga de negar en su contestación aquellos hechos introducidos por la parte demandante en su escrito inicial con los que no se muestre conforme, entendiéndose en caso contrario que los admite como ciertos.

Favorable a la consideración de la caución como presupuesto necesario en el proceso cautelar sin que sea de apreciación facultativa del Juez la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid antes citada. Y así, el Auto de la AP Madrid, Sec. 28, de 31 de julio de 2006, rec. 304/2006, dice:

*<<La caución es presupuesto necesario en el proceso cautelar tanto como el peligro de mora procesal y la apariencia jurídica favorable. El contenido del artículo 728 LECiv apartado 3, contiene una expresión clave "el solicitante deberá prestar caución" por tanto, no es de apreciación facultativa del Tribunal, es, al contrario, una exigencia legal que sólo puede excluirse por expresa disposición de la Ley (LECiv u otras normas procesales o sustantivas). Nuestro ordenamiento "en este supuesto, la LEC" cuando quiere especialmente excluir la caución lo dice, por ejemplo en las medidas cautelares en procedimientos de paternidad, en las situaciones previstas en los artículos 441, o en los supuestos más especiales del juicio cambiario a través del embargo preventivo sin caución. Entre las exenciones legales se encuentra la inoportunidad de exigirla al Estado, Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales, Organismos Públicos, Órganos Constitucionales, Comunidades Autónomas y Administración Local, (artículo 12.1 y disposición adicional 4ª.2 de la Ley 52/97, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y art. 185.5 del Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril). Por el contrario, ni siquiera quien litigue con justicia gratuita está exonerado de prestar caución, como se deduce, de un lado, de la*







*Sentencia del Tribunal Constitucional (202/87, de 17 de diciembre), y, de otro, el propio artículo 6.5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que sólo exime al beneficiario de la constitución de los depósitos oportunos para la interposición de determinados recursos. Y, por último, el ofrecimiento de la caución también es presupuesto incluso en la tramitación, previa, lo que se evidencia por los siguientes requisitos: a) Debe mencionarse en la solicitud cautelar y si nada se dice no debe darse curso a la petición, encontrando fundamento esta previsión en la garantía que supone para el contrario conocer desde un primer instante la posición del solicitante con el fin de preparar su defensa; y, b) Debe constituirse la caución exigida por el Tribunal como paso previo e ineludible para que la cautela sea eficaz.>>*

A este respecto ya se ha mencionado el Auto de la AP Sevilla de 8 de febrero de 2005 que estima que el Juzgador podrá adoptar la medida en atención a la existencia de los requisitos de apariencia de buen derecho y el peligro por la mora procesal, señalando para su efectividad la caución que a su criterio sea suficiente.

Efectivamente el artículo 728.3 de la LEC únicamente exime al solicitante de la medida cautelar de la prestación de caución en el caso en que "expresamente se disponga otra cosa". Esta alusión a la mención expresa puede entenderse que limita la exención de prestación de caución a la previsión legal, como interpreta la AP de Madrid en el Auto antes citado. Cabe también preguntarse si tal mención expresa puede hacer referencia al contenido del Auto que adopte la medida cautelar. Y así, el artículo 735.2 de la LEC que regula el contenido del Auto acordando las medidas cautelares, dice "...determinando, en su caso, la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse caución por el solicitante", reconociendo por tanto que existen casos en los que no debe prestarse caución, en clara coordinación con el artículo 728.3 que contiene una excepción a la regla general. Y finalmente la dicción del artículo 737 debe también relacionarse con el contenido de los preceptos aludidos y únicamente será de aplicación a los supuestos generales en los que el Auto que acuerde la medida cautelar señale caución a prestar por el solicitante de la medida para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado, pero no en aquellos casos excepcionales en que no se fije tal caución.

En la hipótesis en que se estime que la excepción que contiene el artículo 728.3 puede contenerse en la resolución judicial, y no necesita por tanto que se contenga previamente en una norma jurídica expresa, cabe preguntarse cuál sea la razón por la cual pueda expresamente eximir el órgano jurisdiccional al solicitante de la prestación de caución en el Auto que se dicte.

Y a estos efectos no existe amparo legal para sostener, como lo hace el Juez a quo, que la escasez de recursos económicos pueda fundamentar la exención de la caución a que hace referencia el artículo 728 de la LEC. Tal es así puesto que la LEC no contempla en modo alguno como criterio para la fijación de la caución la situación económica del demandante cautelar. Los criterios legales son, uno principal consistente en la suficiencia de la caución 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 otros criterios secundarios previstos en el penúltimo párrafo del artículo 728.3, a saber, la naturaleza y contenido de la pretensión, y la valoración que realice el tribunal sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

El Tribunal Constitucional estima, en la sentencia de 25 de febrero de 2002, Sala 2ª, nº 45/2002, rec. 2632/1998, BOE 80/2002, de 3 abril 2002:, en un caso relativo a la caución fijada al demandante de contradicción para oponerse en un procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que, debe realizarse una ponderación de las circunstancias del caso que tenga en cuenta el objeto y contenido de la pretensión ejercitada en la demanda, y las consecuencias económicas que para el demandante







se derivan de la conducta perturbadora del derecho real inscrito que se imputa al demandado (frutos, daños y perjuicios y costas procesales), pero también debe tenerse en cuenta "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 al impedir el acceso al proceso sumario en el que le ha situado la contraparte.", otorgando en el supuesto objeto de la resolución el amparo solicitado.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, de 17 de diciembre de 1987, nº 202/1987, rec. 354/1987, BOE 7/1988, de 8 de enero, que versa específicamente sobre la caución exigida para la adopción de una medida cautelar de anotación preventiva de demanda, análoga por tanto al supuesto de autos, establece:

**<<La caución tiene, por exigencia legal, que ser "adecuada" a los perjuicios económicos que se pueden causar al demandado, y no tiene que ser adecuada, por disposición legal, a la situación económica del demandante. Si no fuese así, la pobreza legal del demandante supondría la imposibilidad de la prestación de fianza; lo que produciría que los perjuicios del demandado carecerían de cobertura indemnizatoria. En el caso de la imposibilidad de prestar la fianza, el demandante deberá señalar al Juez qué clase de caución puede prestar y el órgano judicial determinará su valoración y en consecuencia su adecuación o no. El hecho de que el demandante no pueda prestar la caución adecuada, no significa que se le exige cualquier clase de caución, fianza o se le exime de su prestación, porque ésta no es simbólica, sino que tiene que ser real y suficiente para servir de cobertura a los posibles perjuicios, cuya estimación corresponde al Juez. Si la fianza o caución no cumpliera la normativa, se incumpliría ésta y se conectaría con el art. 24 CE.**

El Juez tiene que realizar una actividad de valoración de todas las circunstancias que rodean a la pretensión de anotación preventiva para poder especificar y fijar la caución, su clase y la cuantía de la misma, siempre con el norte de los posibles perjuicios del demandado. La fianza no mira a la condición económica del demandante, sino únicamente y por prescripción legal, a la cuantía de los perjuicios que se causen al demandado. Si el Juez atendiera a la condición económica del solicitante de la anotación preventiva, los que hubieren obtenido el beneficio de justicia gratuita no la prestarían. En este caso los posibles perjuicios que se irrogaría al demandado quedarían sin cobertura legal, contraviniendo el texto y el espíritu del art. 139 LH. También se facilitaría con esta interpretación el fraude procesal, porque se podría demandar al titular de un patrimonio, la propiedad de sus bienes, sin ánimo reivindicatorio, sino con un ánimo lucrativo o de perjudicarlo (...)

La anotación preventiva de demanda, según los preceptos hipotecarios antes reseñados, se configura como un asiento en el Registro, de eficacia temporal limitada al tiempo del proceso judicial, relativo a derechos no inscribibles, que tiende a garantizar el ejercicio de una acción y a evitar la inutilidad del fallo, haciendo posible su ejecución. Constituye, pues, una garantía, cuya constancia registral favorece, por el juego de la fe pública, que el derecho o interés de la parte se mantenga seguro frente a posibles terceros. Pero no constituye una pretensión autónoma, sino, como antes se dice, una garantía para la efectividad del derecho material que se discute en el proceso. Este es, por un lado, el interés de la parte que solicita la medida cautelar y que se satisface con la adopción de la misma.

Pero justamente porque hay un interés contrapuesto (principio de contradicción procesal y material), la Ley también se cuida de garantizarlo y otorga al Juez la facultad -por tanto, potestativa- de fijar la caución, su forma y cuantía, en atención al perjuicio económico que el asiento registral produce al titular inscrito y demandado. No juega, por tanto, aquí la capacidad económica del actor, al menos con más intensidad que la valoración del perjuicio que pueda sufrir el





*demandado, sino propiamente ese perjuicio, porque hay que tener en cuenta que, en la mayoría de los casos, frente a la presunción legal de firmeza del derecho del titular inscrito, lo que se opone por el actor es una pretensión en principio no inscribible y generalmente calificable de derecho expectante o al menos sujeto a discusión. Es ese interés concretado en el eventual perjuicio el que el Juez ha de ponderar, junto con las demás circunstancias, entre las cuales, como se razona en el auto impugnado, la de la cuantía discutida en el proceso (100.000.000 pts.), que motivó, en definitiva, la fijación de la fianza de 25.000.000.*

*Esto se califica por el recurrente de inconstitucional, es decir, la exorbitancia de la caución, porque le impide en la práctica el ejercicio de su derecho a la anotación preventiva, al carecer de bienes. Pero, como ya se ha indicado, esa ponderación y valoración de los intereses en pugna es hecho, y detalladamente, por el auto en cuestión. Cabría, pues, decir que lo así resuelto lo ha sido en el ámbito de la competencia judicial propia, por los cauces legalmente previstos y que la cuestión se reduce a un problema de legalidad ordinaria, ajena al control constitucional. Mas como lo que se alega es indefensión, causada por una interpretación y aplicación, que se dice desmedida, de las normas legales, equivalente a falta de tutela judicial, conviene hacer las siguientes precisiones.*

*Desde esa perspectiva cabe, en efecto, que este Tribunal se pronuncie acerca de la efectividad de esa tutela y si en el caso se ha dado o no una interpretación arbitraria, infundada o patentemente errónea, causante de una vulneración del derecho constitucional del acceso a la jurisdicción, que es en lo que consiste, en esencia, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE.*

*SEXTO.- Ya se ha dicho que la resolución judicial impugnada como lesiva contiene una razonada, detallada y explícita fundamentación de su fallo, que decidió, valorando los intereses en juego, la correcta exigencia de la fianza en la cuantía indicada>>>.*

**QUINTO.-** Sentado lo anterior se ha de concluir que, efectivamente, la capacidad económica de la solicitante no es un criterio recogido legalmente para la existencia y determinación de la caución que debe prestarse para la adopción de una medida cautelar, si bien puede ponderarse dicha circunstancia a la hora de fijar su cuantía para evitar la vulneración del artículo 24 de la CE, aunque nunca con mayor intensidad que la valoración del perjuicio que pueda sufrir el demandado, que ha de soportar la medida.

La Sala por tanto no comparte el razonamiento jurídico que contiene en este extremo el auto impugnado.

Ahora bien, en el caso presente este Tribunal estima correcta la exención de caución por las razones que a continuación se exponen. Esta Sala, a diferencia de lo que expone la AP de Madrid en el Auto antes referido, se decanta por la interpretación del artículo 728.3º en el sentido de que no restringe a los supuestos de expresa disposición legal la exención de la prestación de caución, sino que contempla la posibilidad de que el órgano jurisdiccional sea el que expresamente disponga esta exención en el Auto en el que se acuerde la adopción de la medida cautelar.

Y precisamente uno de los supuestos en los que sería admisible tal exención sería claramente el del allanamiento de la parte demandada a la pretensión cautelar, incluso en cuanto a la no prestación de caución, siempre que las pretensiones objeto del proceso sean disponibles por las partes.

Debe también valorarse, en consecuencia, la falta de oposición del demandado a la petición del solicitante de la exención de prestación de caución.

Y, finalmente, lo determinante para eximir de prestación de caución ha de ser en todo caso la inocuidad de la medida interesada y adoptada respecto del demandado





que debe soportarla, es decir, que de la misma no vayan a derivarse daños o perjuicios en el patrimonio del demandado. En tales supuestos la caución deviene innecesaria.

En el caso examinado la medida que se pretende es la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad en relación a la finca que es objeto de reivindicación por la parte solicitante. Esta medida tiende a dar publicidad a terceros de la contienda judicial sobre el dominio de la finca, evitando así que la misma pueda transmitirse o gravarse en favor de terceros que tuvieran la protección que dispensa el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y frente a los cuales, no podría llevarse a efecto la eventual sentencia condenatoria que pudiera recaer en el procedimiento judicial.

En principio la medida publica en el Registro de la Propiedad lo que, de acuerdo con el artículo 1258 del Código Civil, en razón a la actuación de buena fe, cabe exigir al titular registral respecto de cualquier tercero con quien tenga intención de contratar la transmisión del dominio o constitución de gravamen o derecho real sobre la finca. Por ello, un comportamiento adecuado a la buena fe obligaría siempre al titular registral a poner en conocimiento del eventual adquirente del dominio o el derecho real limitado sobre la finca, de la existencia del litigio en el que su dominio es contestado. La publicidad de la demanda no limita ni restringe las facultades dominicales.

No obstante la aparente inocuidad de la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda no es tal si en razón a tal circunstancia el titular registral pierde oportunidades de realizar un acto de transmisión o gravamen de la finca que a su derecho interesa, y también, por ejemplo, cuando la finca en cuestión se aporta a una Junta de Compensación en un proceso de urbanización en curso. La caución debe por ello dirigirse a responder de estos eventuales daños y perjuicios, y ha de ser suficiente para ello.

En el caso presente, la demandada J.L.J. Parfums S.L., titular registral de la finca objeto de la medida de anotación preventiva de demanda, argumentó en la contestación a la pretensión cautelar la falta de necesidad de la medida interesada puesto que no tenía intención alguna de transmitir ni gravar la finca. Además, no realizó oposición de ningún tipo a la petición de exención de caución, no alegó sobre cuál debía ser a su juicio la caución suficiente que respondiera de los perjuicios que se le pudieran irrogar, es más, no aludió a ningún daño o perjuicio que pudiera sufrir su patrimonio a consecuencia de la medida interesada, y se limitó a manifestar que la caución ha de estar acorde al valor de la propiedad. Ni esta parte, J.L.J. Parfums S.L., ni las demás demandadas, negaron el hecho introducido por la demandante en su pretensión cautelar, de carecer la actora de medios económicos, lo que, en consecuencia, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, eximía tal hecho de prueba por tratarse de un hecho no controvertido en el proceso. Y es además altamente significativo que todas las demandadas se muestren conformes y no ataquen en sus escritos de interposición de los recursos de apelación en el presente caso la concurrencia de los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro de la mora procesal, lo que ciertamente ha de llevar a este Tribunal a una valoración de una gran solidez en el fundamento de la solicitud, sobre todo en lo que atañe a la apariencia de buen derecho de la demandante en razón a la invocada posesión pública, pacífica e ininterrumpida, y a título de dueño, de la finca objeto del proceso, el dato objetivo de encontrarse edificada la finca desde momento anterior al año 1960, y por tanto no poder comprender el edificio en la descripción como solar, la situación catastral, y el estar comprendida esta edificación dentro de las relacionadas en la escritura pública originaria de segregación como de las pertenecientes al casco antiguo del pueblo de Corralejo. En cuanto a la representación de Delval Internacional y de Sincronía 99 S.L. debe tenerse en cuenta que en nada les afecta la medida adoptada puesto que no son titulares de la finca objeto de la anotación preventiva.





Y teniendo en cuenta, en consecuencia:

- 1º.- El reconocimiento expreso por la demandada titular registral de no tener intención de transmitir ni gravar la finca, y por ello, la inexistencia de daños o perjuicios previsibles para su patrimonio como consecuencia de la medida adoptada, que tiende exclusivamente a dotar de publicidad frente a terceros del hecho del litigio pendiente sobre el dominio;
- 2º.- La ausencia de alegación por dicha parte, JLJ Parfums S.L., de la posibilidad de sufrir daños o perjuicios si se adoptaba la medida;
- 3º.- junto con la falta de oposición expresa de la referida parte demandada a la petición de exención de caución;
- 4º.- así como teniendo en cuenta la solidez de la apariencia de buen derecho de la solicitante;
- 5º.- y en último extremo, en atención a la doctrina antes expresada del Tribunal Constitucional, la indiscutida falta de recursos económicos de la solicitante;

La Sala considera que debe, en este supuesto, y como se adelantó al principio de este fundamento, eximirse expresamente a la demandante de la prestación de caución.

Por las consideraciones expuestas, y aún por razonamientos jurídicos parcialmente distintos de los que acoge la Juez a quo, deben desestimarse los recursos de apelación interpuestos y confirmarse el Auto apelado.

**SEXTO.-** Al desestimarse los recursos de apelación deben imponerse a las partes apelantes las costas causadas en esta alzada por la sustanciación de su respectivo recurso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA DIJO:** Que desestimamos los recursos de apelación interpuestos por la representación de J.L.J. Parfums S.L., y por la representación de Delval Internacional S.A. y de SINCRONÍA 99 S.L., ambos contra el auto de fecha 26 de enero de 2006, dictado por el JDO. 1A.INST.E INSTRUCCIÓN N. 1 de PUERTO DEL ROSARIO, el cual **CONFIRMAMOS**, en su integridad con expresa imposición a los apelantes 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 Ilmos. Sres. arriba referenciados.

