

La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo (*)

SUMARIO: 1. LA TUTELA CAUTELAR EN LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—2. PRESUPUESTOS DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA: 2.1. LA PONDERACIÓN JUDICIAL DE INTERESES EN LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 2.2. LA SITUACIÓN JURÍDICA CAUTELABLE Y LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO. 2.3. EL PELIGRO EN LA DEMORA. ANÁLISIS DE RIESGOS CONCRETOS. 2.4. LA CONTRACAUTELA DEL SOLICITANTE DE LA MEDIDA CAUTELAR. 2.5. LA NECESARIA PENDENCIA DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 2.6. QUE SE TOMA LA ANOTACIÓN PREVENTIVA SOBRE FINCAS CONCRETAS Y DETERMINADAS QUE RESULTEN AFECTADAS POR EL ACTO IMPUGNADO.—3. EFECTOS DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA.—4. PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER SOBRE LA SOLICITUD DE ANOTACIÓN PREVENTIVA: 4.1. LA SOLICITUD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA. 4.2. ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE. 4.3. LA AUDIENCIA DE LA PARTE CONTRARIA Y DE LOS TITULARES REGISTRALES. 4.4. RESOLUCIÓN JUDICIAL SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR. 4.5. RECURSOS CONTRA LA RESOLUCIÓN JUDICIAL SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR. 4.6. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DURANTE EL CURSO DEL PROCEDIMIENTO.—5. LA ACTUACIÓN REGISTRAL DE LA ANOTACIÓN.—6. DURACIÓN, PRORROGA Y CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN. INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LA ANOTACIÓN.

1. LA TUTELA CAUTELAR EN LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dedica los artículos 129 a 136 a la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo.

(*) Este trabajo se enmarca en la actividad del Grupo de Investigación en Derecho Procesal, «Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Incidencia en procesos de otros

Es de destacar que en su artículo 129.I se dispone que «los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia».

De la comparación entre la regulación anterior del proceso contencioso-administrativo y la nueva se deduce que la suspensión del acto administrativo impugnado ya no constituirá la única medida cautelar adoptable en dicho proceso, sino que en el mismo se podrán adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria (1). Así pues, se puede decir que el legislador ha establecido una cláusula general de medidas cautelares innominadas (2), lo que no excluye que

órdenes jurisdiccionales. Estudios preparatorios para su aplicación», financiado por el Ministerio de Educación y Cultura (PB98-1468-C02-01).

(1) Así lo pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ellas especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias (...).

Con anterioridad a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 180-181, ya sostenía la posibilidad de que se pudieran adoptar medidas cautelares distintas de la suspensión, argumentando que «ninguna razón de peso puede oponerse —sin volver la espalda a la Constitución— a reconocer que también los jueces de lo contencioso-administrativo pueden adoptar medidas cautelares, distintas a la suspensión, que sean necesarias para satisfacer la tutela judicial efectiva» y que «si se entiende, pues, que la tutela cautelar es una exigencia inherente a la eficacia de la justicia, no será preciso una intervención del legislador que atribuya al juez de lo contencioso una cláusula general de poderes cautelares, pues ya la tiene (...) en virtud del principio de la supletoriedad de la legislación procesal común proclamado en la Disposición Adicional sexta de la LJCA». Véanse también SUAY RINCÓN, J. J., «Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: el ATS de 12 de marzo de 1989», en *REDA*, núm. 50, 1986, págs. 267-268, y RIVERO ORTEGA, R., «Medidas cautelares innominadas en lo contencioso-administrativo (Comentario al auto del TSJ del País Vasco, de 30 de abril de 1997)», en *REDA*, núm. 98, 1998, págs. 271-280.

(2) Vid. BAÑO LEÓN, J. M.^a, «Las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa», en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial: Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Centro de Documentación Judicial-CGPJ, 1999, pág. 258; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo II* (con Fernández, T.-R.), Madrid, Civitas, 1999, pág. 627; LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., «Las medidas cautelares en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *TJ*, agosto-septiembre, núms. 8-9, 1999, págs. 726, 733, 734, 740, 741 y 748; CHINCHILLA MARÍN, C., «La tutela cautelar», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dirigido por Leguina Villa, J., y Sánchez Morón, M.), Valladolid, Lex Nova, 1999, págs. 571 y 574-579; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Juris-*

el juez pueda acudir, en su caso, a la medidas cautelares expresamente previstas por la normativa procesal, administrativa o no (3).

Dentro de ese grupo indeterminado de posibles medidas (efectos) cautelares, una que podrá ser adoptada por los órganos jurisdiccionales será la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, cuando en dicho recurso se ejercite una acción con trascendencia jurídico-real (4).

dicción Contencioso-Administrativa, U, Madrid, Civitas, 1998, págs. 2022-2023 y 2074; RUIZ RISUEÑO, F., *El proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Colex, 1998, pág. 430; RIVERO ORTEGA, R., *Medidas...*, cit., pág. 279; CASTILLO BLANCO, F. A., «La nueva regulación de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», en *RPJ*, 1998, núm. 52, págs. 301 y 313; y FALCÓN Y TELLÁ, R., «La Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (II): el nuevo régimen de las medidas cautelares», en *Quincena Fiscal*, núm. 4, febrero, 1999, pág. 5.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional», en *RAP*, núm. 151, enero-abril, 2000, pág. 246, elogia el sistema de *numerus apertus* de medidas cautelares, pero entiende que «hubiese sido deseable (...) una enumeración de las normalmente disponibles, al menos *ad exemplum*, para no dejar al juez perplejo ante la total falta de enunciado de las medidas a su alcance, que parece apelar a su intervención personal, lo que le intranquilizará normalmente, precisamente por su buen hábito de aplicador legal. Bueno es que el legislador confíe en el juez, pero ya no es tan bueno quizá que le confíe enteramente la configuración de instituciones apenas aludidas por una rúbrica genérica. Bajo el manto de generosidad, en realidad la fórmula puede ocasionar retracción a la hora de sus aplicaciones».

(3) Así, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2022-2023, y CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., «Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», en *RAP*, núm. 149, mayo-agosto, 1999, pág. 109.

(4) Como señala ORTELLS RAMOS, M., «La tutela cautelar en el nuevo proceso contencioso-administrativo», en AA.VV., *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valencia, Diputació de València, 1999, págs. 75 y 90, esp. pág. 75, la técnica de establecer un sistema de medidas cautelares indeterminadas «no excluye que el juez pueda echar mano (...) de otros modelos de medidas o efectos cautelares previstos en el ordenamiento, específicamente en materia administrativa (anotaciones preventivas en Registro de la Propiedad)». También así, LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 742; OSORIO ACOSTA, E., «Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», en AA.VV., *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dirigido por Garberí Llobregat, J.), Madrid, Centro Superior de Estudios - Colex, 1999, pág. 370; GARCÍA GIL, F. J., *El proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Dilex, 1998, pág. 1039; DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Edersa, 1999, págs. 1017-1018; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso...*, cit., pág. 627.

Al estudiar la restauración del orden urbanístico infringido, ARNÁIZ EGUREN, R., «Urbanismo y Registro de la Propiedad. Especial referencia a la anotación preventiva de la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución o de licencias. Requisitos para adoptar la medida cautelar o el alcance de la misma», en AA.VV., *Urbanismo II*, en *BDPCGPJ* (26/1993/ págs. 277-335. Código CA932607), pág. 20, señala que la anotación preventiva es «la respuesta registral al procedimiento de reintegración de la legalidad urbanística».

Con esta medida cautelar se trata de impedir que las transmisiones, gravámenes o modificaciones jurídico-reales que puedan derivarse de la actuación administrativa impugnada puedan dar lugar a la adquisición de derechos por terceros de buena fe, y, en consecuencia, de evitar que resulte inviable, por causas jurídicas, la efectividad de la eventual sentencia estimatoria, es decir, la satisfacción en forma específica de las pretensiones formuladas contra una actuación administrativa con trascendencia registral inmobiliaria (5).

Esta anotación preventiva ya se había previsto —como se verá a continuación, para determinados supuestos específicos— pero con la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha visto ampliado considerablemente su posible ámbito de aplicación (6).

(5) ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 26, indica que la finalidad de esta anotación preventiva es la de cualquier anotación preventiva cautelar, es decir, «advertir a terceros adquirentes de dominio, o de otros derechos reales sobre la finca objeto de la anotación, de la existencia del proceso y de sus posibles consecuencias, que pueden llegar, incluso, a la cancelación de los asientos correspondientes a los derechos adquiridos cuando fueren incompatibles con el contenido de la sentencia firme a que hubiere dado lugar el proceso objeto de publicidad».

(6) Como señala ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 91, aunque solamente están previstas expresamente en el ámbito urbanístico, «tal vez las anotaciones preventivas del recurso contencioso-administrativo pudieran tener una aplicación más amplia».

Siguiendo a POVEDA DÍAZ, J., «Algunas ideas sobre el ámbito de la anotación de demanda», en *RCDI*, julio-agosto, 2000, núm. 660, pág. 2466, «creemos que todos éstos no son sino supuestos concretos de nuestro sistema: debe ser objeto de anotación preventiva del tipo de las de demanda toda aquella demanda contencioso-administrativa (...) cuya terminación pueda producir una alteración registral».

Contradice esta previsión la STSJ de Andalucía (Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 29 de febrero de 2000 (BDA, m. RJCA 2000/147). Como antecedentes de esta sentencia cabe señalar que se solicitó la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el que el acto objeto del mismo era la denegación presunta por un Ayuntamiento de las medidas de paralización y demolición de determinadas obras en construcción, y que dicha anotación fue denegada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (núm. 1), de Almería, argumentando que la mencionada medida cautelar resultaba impertinente por venir contemplada sólo para aquellos recursos que se interpongan con ocasión de las licencias (art. 67 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio). Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación, aduciendo por el apelante el carácter abierto de las medidas cautelares en la redacción que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 ha dado a su artículo 129.

Este recurso de apelación fue desestimado por la sentencia arriba citada, fundamentándose para ello en el hecho de que la anotación preventiva del concreto recurso contencioso-administrativo no está expresamente prevista: «Con lo anterior, también solicitaba la recurrente que entre las medidas *ad cautelam* se adoptará la que se refiere a la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad correspondiente, medida ésta con la que tampoco nos podemos mostrar de acuerdo en lo concerniente a su adopción, habida cuenta de que no está prevista entre las que es posible adoptar conforme al artículo 307 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de julio, por el que fuera aprobado el Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, dado que si bien, en el apartado 6 de ese precepto se refiere a la inscripción registral de la interposición del recurso contencioso-

Antes de comenzar con el estudio de los presupuestos de esta medida, es conveniente disipar algunas dudas acerca de su naturaleza cautelar, ya que se podría pensar que la misma no es precisa ni útil, pues conforme al artículo 47 LJCA, la interposición de un recurso contencioso-administrativo se puede o se debe publicar, según los casos, «en el periódico oficial que proceda atendiendo al ámbito territorial de competencia del órgano autor de la actividad administrativa recurrida», con la finalidad de que los terceros que tengan interés en el asunto puedan comparecer o intervenir en el proceso, precisamente porque dicho proceso es público y la sentencia que se dicte, de conformidad con el artículo 72 LJCA, produce *erga omnes* los efectos de la cosa juzgada, lo cual podría producir para tales personas unos efectos anulatorios de sus derechos (7).

Sin embargo, se debe destacar que «la anotación debe tener como finalidad garantizar el derecho del demandante frente a un tercero, que cabe estimar que puede crearse con especial protección, siempre que se den las circunstancias del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin que pueda decirse que la publicación en el Boletín Oficial de la demanda, produce la exclusión de la buena fe, ya que de este modo pudo haber conocido la existencia del recurso contencioso. Esto no es cierto, la buena fe desaparece cuando se

administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias, hay que convenir que el acto recurrido y cuya ejecución pretendía suspender la recurrente no es posible inscribirlo entre ninguno de los que se recogen en dicho apartado 6 del artículo 307».

ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 91, en relación con el posible ámbito de aplicación de esta medida cautelar, señala que «tal vez las anotaciones preventivas del recurso contencioso-administrativo pudieran tener una aplicación más amplia. Pero en todo caso también sería oportuno explorar las diferencias, en orden a la clase de riesgo de ineffectividad de sentencias que tales medidas contrarrestan, que suponen, frente al régimen de transmisión y gravamen de bienes por particulares, el conjunto de normas de garantía que rodean la administración y disposición de bienes de las Administraciones Públicas».

LASO MARTÍNEZ, J. L., «Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo», en REDA, núm. 77, enero-marzo, 1993, pág. 71, nota 1, antes de la reforma del proceso contencioso-administrativo, era partidario de que de la regulación de la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo se encargara la ley procesal y no la material.

En la misma línea se manifestaban ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario (Ley del Suelo. Hipotecas)*, VII, Barcelona, Bosch, 1998, pág. 60, al valorar la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el proceso contencioso-administrativo operada por la Ley del Suelo, pero destacando que «claro que puede hacerse el reproche al legislador consistente en que esa coordinación entre Registro y proceso contencioso-administrativo sólo comprenda la materia urbanística, única regulada en la Ley del Suelo, ignorando el resto de materias de las que conoce esta jurisdicción».

(7) Esta posibilidad ya la plantearon, bajo la vigencia de la normativa contencioso-administrativa anterior, CARRETERO PÉREZ, A., «Inscripciones de derechos administrativos en el Registro de la Propiedad», *RIJMJ*, núm. 318, pág. 33, y DE MENA Y SAN MILLÁN, J. M.^a, *Calificación registral de documentos judiciales*, Barcelona, Bosch, 1985, pág. 73.

conoce un hecho, no cuando puede ser conocido, pues sólo el asiento registral, supone *ex legem* el conocimiento de una situación jurídica. La ausencia de buena fe, en modo general, implica un conocimiento real y por tanto es algo positivo que debe ser probado en cada caso» (8).

Además, téngase en cuenta que la finalidad de dicha publicación es únicamente la de permitir la intervención de terceros en el proceso, y no la de enervar la fe pública registral.

2. PRESUPUESTOS DE LA ANOTACIÓN

Al igual que sucede con todas las anotaciones preventivas de naturaleza cautelar, la adopción de la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo no es automática, sino que dicha adopción se encuentra sujeta a la concurrencia de una serie de presupuestos (9).

Antes de comenzar con el estudio de los presupuestos concretos de esta medida cautelar, es conveniente realizar, de modo previo, dos precisiones:

En primer lugar, cuando la mencionada ley regula los presupuestos de las medidas cautelares, no lo hace siguiendo estrictamente los patrones clásicos que se utilizan en el proceso civil: apariencia de buen derecho, peligro en la demora y caución.

No es que estos presupuestos no sean ya necesarios o no tengan influencia alguna en orden a la adopción de la concreta medida cautelar, sino que los mismos se encuentran fuertemente matizados y condicionados por el nuevo presupuesto introducido. En concreto, por la previa y necesaria ponderación o valoración que debe realizar el órgano jurisdiccional entre todos los intereses en conflicto, es decir, entre los del administrado demandante, por una parte, y los de la Administración demandada y los de los terceros interesados en la actuación administrativa, por otra, para resolver sobre la adopción o no de la medida cautelar.

Por otra parte, a la hora de estudiar los presupuestos de las anotaciones preventivas del recurso contencioso-administrativo, habrá que integrar el régimen jurídico establecido expresamente para alguna de ellas con la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el apartado relativo a las medidas cautelares, y mantener dicho régimen jurídico en la medida que resulte compatible con dicha ley (10).

(8) DE MENA Y SAN MILLÁN, J. M.^a, *Calificación...*, cit., pág. 73, siguiendo a CARRETERO PÉREZ, A., *Inscripciones...*, cit., págs. 33 y sigs.

(9) Así, LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 87, y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2038.

(10) En su Disposición Derogatoria primera se dispone que «quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que se opongan a la presente ley».

2.1. LA PONDERACIÓN JUDICIAL DE INTERESES EN LA ANOTACIÓN PREVENTIVA
DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El hecho de que se analice, en primer lugar, el presupuesto relativo a la ponderación de intereses se justifica por el hecho, ya apuntado con anterioridad, de que dicho presupuesto condiciona y matiza decisivamente el resto de los presupuestos que el órgano jurisdiccional debe tener presentes para resolver sobre la adopción de una medida cautelar (11).

A esta ponderación de intereses se refiere expresamente el artículo 130 LJCA, según el cual (12):

1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.
2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

A mi juicio, en virtud de lo dispuesto por este precepto, se debe distinguir entre lo que es la exigencia de necesidad de la medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo para salvaguardar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria y lo que es propiamente la valoración o ponderación de los intereses en juego en orden a su adopción (13).

(11) Señala BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Las medidas...*, cit., pág. 259, que «tanto el criterio del *periculum in mora* como el del *fumus boni iuris*, aunque necesarios, no son siempre suficientes para decidir al juez contencioso si debe o no conceder una medida cautelar. Puede incluso darse el caso de que concurriendo ambos criterios, siendo manifiesta la ilegalidad cometida por la Administración y patente el peligro de que se alcance una situación de hecho irreversible, razones de interés público excepcionales pueden justificar el mantenimiento de la ejecutividad de la decisión». En la misma línea, LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 738, al afirmar que puede ocurrir que «concurran especiales razones de interés general que hagan ver al órgano jurisdiccional que, aun cumpliéndose las presupuestos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, en el caso concreto y motivando adecuadamente la ponderación que al respecto realiza, la concurrencia de especiales e importantes motivos de perturbación de los intereses generales o de terceros (art. 130.2 LJ 98), excluyan la adopción de la medida».

(12) En la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se señala que, en relación con las medidas cautelares, «el criterio para su aplicación consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto».

(13) Con anterioridad a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la doctrina entendía que la adopción de la anotación preventiva también requería una previa ponderación de intereses (vg. LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 87).

2.1.1. *El carácter necesario de la medida cautelar de anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo para asegurar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria*

Según mi parecer, cuando el artículo 130-1 LJCA establece que «la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso», más que estar estableciendo un presupuesto de la tutela cautelar se está refiriendo a una característica de la misma, que no hubiera sido necesario especificar normativamente (14).

En la parte inicial de este trabajo ya puse de manifiesto que la medida cautelar debe constituir un medio necesario y adecuado para garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria que se pueda dictar.

En el caso de la anotación preventiva de demanda, para poderla calificar como cautelar es necesario que su no adopción pueda constituir un obstáculo para que la sentencia que modifique el contenido del registro despliegue plenamente sus efectos. Así, si a través de otro instrumento o sin necesidad de instrumento alguno se garantiza plenamente la efectividad de la eventual sentencia favorable, la anotación preventiva no se podrá definir propiamente como cautelar (15).

Esto es precisamente lo que se encarga de puntualizar el artículo 130-1 LJCA, al exigir al órgano jurisdiccional, en primer lugar, que examine previamente si la falta de la adopción de la medida cautelar solicitada, dejando así sin obstáculo o impedimento alguno la ejecución del acto o la aplicación de la disposición impugnada, puede «hacer perder su finalidad legítima al recurso», es decir, hacer peligrar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria, y, en segundo lugar, que no adopte la medida cautelar en el supuesto de que, incluso

(14) El artículo 726.1.1.ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), establece como característica de la tutela cautelar la necesidad de la medida cautelar, es decir, el «ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente».

(15) En esta línea, el ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 1 de septiembre de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., «Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Un año de aplicación en la Sala de Bilbao)», en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial: Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Centro de Documentación Judicial-CGPI, 1999, págs. 327-330), ha destacado que «en caso contrario —si las medidas precautorias se concedieran sin que exista riesgo que precaver o si su necesidad no resultara de la evaluación ponderativa de los intereses legítimos en presencia— no se estaría ante la adopción de «medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso», como la Exposición de Motivos autoriza cuando «resulte necesario», sino ante una suerte de justicia provisional que la Ley jurisdiccional no contempla ni permite».

sin adoptarla, el recurso no perdería su finalidad legítima y la efectividad de la eventual sentencia estimatoria no resultaría menoscabada (16).

También se debe señalar que este control del órgano jurisdiccional sobre la necesidad de la medida cautelar para garantizar la «finalidad legítima del recurso», en orden a la adopción de la propia medida cautelar presenta simplemente un carácter negativo, no positivo.

Dicho de otro modo, que la medida cautelar no sea necesaria para asegurar la eventual sentencia estimatoria llevará a que el órgano jurisdiccional no la adopte, pero la circunstancia de que tal medida cautelar resulte necesaria e idónea para garantizar la «finalidad legítima del recurso» no implica que el órgano jurisdiccional la pueda acordar sin más.

Presupuesta la necesidad e idoneidad de la concreta medida cautelar, para su adopción será necesario que el órgano jurisdiccional realice previamente una ponderación de todos los intereses en conflicto, es decir, tendrá que valorar si la adopción de dicha medida provoca una insatisfacción de la misma calidad y de mayor intensidad sobre los derechos e intereses tutelados por la actuación administrativa objeto de impugnación (17).

2.1.2. *La ponderación o valoración de todos los intereses en conflicto*

Del artículo 130-2 LJCA se deduce que para acordar una medida cautelar que resulte idónea y necesaria para garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria, el órgano jurisdiccional deberá realizar una previa

(16) Sobre el particular, véase con mayor amplitud ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 85-86, quien recoge distintos supuestos en los que la no adopción de la medida cautelar no haría perder al recurso su finalidad legítima.

Como el mismo autor pone de manifiesto (págs. 21-22), a pesar del tenor literal del artículo 130-1 LJCA («previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto»), en esta fase no deben valorarse aún todos los intereses en conflicto.

(17) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 86.

En términos similares se manifiestan CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela...*, cit., págs. 567, 571, 582 y 591-594, esp. pág. 567, según la cual esta ponderación de intereses impide que «el juicio cautelar se resuelva de espaldas al interés general, tomando únicamente en consideración el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* de quien solicita la tutela cautelar frente al acto», y permite que «aun en el caso de que resultara procedente la adopción de una medida cautelar, por ser necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia, pueda denegarse», si de la misma se deriva una perturbación grave de los intereses generales o de terceros; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2045 y 2068-2069, esp. pág. 2068, al señalar que «aunque se den los demás requisitos, el órgano jurisdiccional *podrá* —por lo que apreciará discrecionalmente las circunstancias concurrentes— denegar la medida cautelar cuando de ésta pudiera seguirse «perturbación grave de los intereses generales o de tercero»»; y RUIZ RISUEÑO, F., *El proceso...*, cit., pág. 435.

valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la cual será determinante para fijar el sentido de su resolución (18).

En este ámbito, el legislador no ha elaborado, definido y concretado la ponderación o valoración de intereses, como ocurre con otras medidas cautelares (19), sino que ha impuesto la misma al órgano jurisdiccional en función de los siguientes parámetros: en relación con el actor, por la necesidad de evitar que la no adopción de la medida haga «perder su finalidad legítima al recurso» (art. 130-1 LJCA); en relación con la Administración demandada y con los terceros interesados en la actividad administrativa impugnada, por la necesidad de impedir que con la adopción de la medida cautelar se ocasione una «perturbación grave de los intereses generales o de tercero» (art. 130-2 LJCA).

Se debe destacar aquí que «la LJCA sitúa interés público e interés privado en un mismo plano; en principio, procederá o no al otorgamiento de la justicia cautelar atendiendo únicamente a cuál es el interés preponderante, independientemente de que éste sea público o privado» (20).

Realizada esta ponderación de intereses, si de la misma se deduce que la medida cautelar puede dar lugar a una grave perturbación de los intereses generales o de terceros, se debe señalar que «no dice, sin embargo, la Ley, que cuando se den estas circunstancias haya que denegar la medida, sino simplemente que podrá denegarse. Así pues, una perturbación *grave*, y no de cualquier naturaleza o intensidad, de los intereses generales o de terceros, no tiene por qué impedir que se adopte una medida cautelar que resulta necesaria para evitar que un recurso pierda su finalidad, pero no puede descartarse que así sea, según las circunstancias del caso concreto» (21).

En relación con esta valoración o ponderación de los intereses en conflicto, y, en particular, con la determinación de cuáles son los intereses en con-

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Observaciones...», *cit.*, págs. 253-2263, critica duramente la nueva regulación de las medidas cautelares: a) Por el olvido legislativo del presupuesto del *fumus boni iuris*, que según él debe regir la adopción de toda medida cautelar. b) Por la invocación del artículo 130 LJCA a la ponderación de intereses. En cuanto a esto último advierte que esos intereses no pueden ser opuestos a la efectividad de un derecho fundamental, el relativo a la tutela judicial efectiva, salvo que esos intereses se refieran a derechos fundamentales de un tercero o que estén protegidos específicamente por la concreta actuación de la Administración de que se trate.

(19) Vid., por ejemplo, el artículo 727-10.³ LEC, que estableció una específica ponderación de intereses, al disponer que sólo se podrá solicitar la medida cautelar de suspensión de los acuerdos sociales impugnados «cuando el demandante o demandantes representen, al menos el 1 ó el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial».

(20) DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, *cit.*, pág. 1024.

(21) CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela...*, *cit.*, pág. 592. Idéntica postura expone GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, *cit.*, pág. 2069.

flicto y cuáles han de ser los criterios para efectuar tal valoración, considero oportuno seguir, por su profundidad y sistemática, la exposición que realiza ORTELLS RAMOS (22), y que se resume a continuación:

- a) Cuando la ley requiere que el sentido de la resolución sobre la medida cautelar dependa de una valoración de todos los intereses en conflicto, significa que «sólo han de tenerse en cuenta aquellos intereses jurídicos que resultan afectados por la actuación administrativa a la que se refiere la pretensión procesal y que resultarán afectados también por la sentencia que resuelva sobre ésta» (23).
- b) El carácter circunstanciado de la valoración significa que la misma debe ser concreta o motivada (24), como señala la propia Exposición de Motivos, lo que implica que se deberán tener en cuenta, por un lado, «las consecuencias que tendría para cada una de tales posiciones jurídicas adoptar y no adoptar la medida cautelar, con vistas a justificar el otorgamiento de la protección provisional a aquélla de tales posiciones que representara el valor jurídico que mereciera, con preferencia, conservar la opción de una satisfacción específica definitiva» (25), y, por otra parte, «el grado de probabilidad de las perspectivas de que obtengan tutela en la sentencia definitiva las potestades, derechos o intereses afectados, a los efectos de hacer prevalecer la protección (provisional) de aquél que, de hecho y de derecho, tenga mejores perspectivas de obtener la protección judicial definitiva», es decir, el *fumus boni iuris* o la apariencia de buen derecho (26).

(22) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 76-89.

(23) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 77.

(24) Con ello se trata de rectificar la práctica jurisprudencial que, bajo la vigencia de la normativa anterior, justificaba la desestimación de las pretensiones cautelares mediante una simple alegación genérica del interés público o general que, en teoría, preside toda actuación administrativa.

(25) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 78.

(26) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 76 y 78, esp. pág. 78.

Por su parte, LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., págs. 734-740 y 748, esp. pág. 738, también destaca, partiendo de una interpretación sistemática y finalista de los preceptos que regulan las medidas cautelares, la consideración del *fumus boni iuris* como un presupuesto de la tutela cautelar contencioso-administrativa, y señala que «para ponderar ambos intereses, el órgano jurisdiccional habrá de fundarse en la apariencia del derecho del demandante —y del demandado—. También CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., págs. 305-307, defiende que el presupuesto del *fumus boni iuris* debe estar presente en la «valoración circunstanciada de todos los intereses en presencia». RUIZ PÍÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 324-325, destaca que «en estos casos, en que concurre motivo de adopción y de denegación, será cuando deba acudir a otros criterios que sirvan para inclinar al juez o tribunal a favor o en contra de la medida. Así, recobra de nuevo virtualidad el criterio del *fumus*». DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1025 y 1028-1030, esp. pág. 1025, señalan que, si

El citado comentarista, aunque pone de manifiesto que ambos parámetros pueden ser alternativos, se muestra partidario de que sean parcialmente complementarios, «en el sentido de que, estableciendo como imprescindible realizar la valoración circunstanciada según su primer significado, autorice a que el pronóstico sobre el sentido de la sentencia pueda tener alguna incidencia en la resolución sobre la tutela cautelar» (27).

- c) En cuanto a los criterios de valoración que deben ser tenidos en cuenta para determinar el sentido de la resolución del órgano jurisdiccional, «unos tienen que ver con el pronóstico sobre el otorgamiento de la tutela judicial definitiva a alguna de las posiciones en litigio», esto es, con la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*; «otros, con el grado de necesidad de esa protección que tenga cada una de tales posiciones», es decir, con las consecuencias que puede tener

atendidas las circunstancias del caso concreto, es imposible determinar el interés prevalente «debe otorgarse o no la justicia cautelar solicitada en función de la apariencia de buen derecho que presente la pretensión del solicitante».

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2045-2047, esp. pág. 2047, también pone de manifiesto que, aunque no se alude expresamente al presupuesto del *fumus boni iuris*, ello no implica que se pueda prescindir del mismo, pues «es un requisito que deriva de la naturaleza de la institución y de la aplicación de los principios generales». En términos similares se pronuncia TERRERO CHACÓN, J. L., «Medidas cautelares», en AA.VV., *Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dirigido por Arnaldo Alcubilla, E., y Fernández Valverde, R.), Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1998, págs. 1323-1325, quien expone diversos argumentos favorables para que el presupuesto del *fumus boni iuris* esté presente a la hora de decidir sobre la adopción de una medida cautelar.

A la misma conclusión —presencia y necesidad del *fumus boni iuris*—, pero partiendo de un razonamiento distinto, llega GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso...*, cit., pág. 628, al afirmar que «lo cierto es que la fórmula del artículo 130, bien interpretada, admite exactamente la misma aplicación. Cuando el precepto habla de que hay que evitar que pierda «su finalidad legítima» el recurso, obliga a un juicio de legitimidad (aparente, manifiesta, porque no puede ser otra en esa fase) de la pretensión».

Para OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 371, «la apariencia de buen derecho viene establecida en el artículo 130.1 de la LJ», en la expresión «pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso», y «el juicio de probabilidad en que consiste la apariencia de buen derecho tiene lugar mediante “la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”».

En cuanto a la jurisprudencia se debe destacar que el ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 1 de septiembre de 1999, la STSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 16 de septiembre de 1999, y la STSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 12 de julio de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 327-334), destacan que los presupuestos básicos son el *periculum in mora* y la ponderación de intereses en conflicto, pero también consideran que como factor de decantación de las dudas que plantee la mencionada ponderación resulta pertinente la aplicación del principio de la apariencia de buen derecho.

(27) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 78.

para cada una de las posiciones jurídicas la adopción o no de la medida cautelar (28).

- d) En el supuesto de que en virtud de la ponderación de intereses no se adopte la medida cautelar solicitada, puede suceder que no sea posible una satisfacción específica de los derechos o intereses legítimos del actor en el caso de que su pretensión se haya estimado, pero siempre será posible una indemnización pecuniaria compensatoria de la imposibilidad material o legal de cumplimiento pleno de la sentencia (art. 105-2 LJCA).

Por el contrario, si adoptada la medida cautelar, posteriormente no es estimada la pretensión, serán los derechos e intereses tutelados por la actuación administrativa los que pueden haber quedado expuestos a una insatisfacción específica, total o parcial, que, en su caso, podrá ser reparada mediante una indemnización pecuniaria equivalente.

Por lo tanto, para decidir sobre la adopción de la medida cautelar, se debe determinar qué derecho o interés legítimo puede ser más adecuadamente satisfecho o indemnizado por equivalente (29).

En relación con este criterio, el citado autor sienta las siguientes reglas (30):

- En primer lugar, atendiendo a la calidad de los derechos o intereses legítimos en juego, los derechos o intereses legítimos de contenido no patrimonial no son adecuadamente indemnizables, por lo que deben ser tutelados cautelarmente en detrimento de los patrimoniales.
- Los derechos e intereses legítimos de carácter patrimonial que presentan un destino concreto para satisfacer bienes jurídicos no patrimoniales cuyo sacrificio no es adecuadamente indemnizable deben ser preferidos a los pura y simplemente patrimoniales.
- Cuando el conflicto se plantee entre derechos e intereses legítimos de contenido simplemente patrimonial, pero resulte imposible o difícil determinar su indemnización, para preferir uno de ellos frente a los otros se debe tener en cuenta el número de personas que se quedarían sin protección provisional; el grado de complejidad que presenta la evaluación de los daños y perjuicios derivados de la insatisfacción específica de unos derechos o intereses frente a la de los opuestos; la cuantía previsible de la indemnización por el sacrificio de unos derechos o intereses frente al de los otros; y la imposibilidad o dificultad

(28) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 78-79, esp. pág. 79.

(29) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 79 y 86-89.

(30) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 87-89. Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2066-2067, propone el criterio de la imposibilidad o dificultad en la reparación económica del año.

de la efectividad de la indemnización en función del grado de solvencia del sujeto o de los sujetos eventualmente responsables de indemnizar (31).

Centrándome ya en la concreta medida cautelar de anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, para realizar el juicio de ponderación de intereses, en orden a su adopción, entiendo que se deben tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) La anotación preventiva de demanda en general y del recurso contencioso-administrativo en concreto, se puede catalogar como una medida cautelar de simple aseguramiento (32), que no da lugar a una satisfacción anticipada de la pretensión deducida en el proceso principal.

En consecuencia, esta medida constituye una de las soluciones más neutras e inocuas posibles para resolver el problema de cuál de las dos posiciones procesales debe sobrellevar el *periculum* que deriva de la mora procesal, pues ambas posiciones lo soportan de alguna forma.

Con su práctica, el actor no obtiene una satisfacción anticipada de la pretensión deducida en el proceso principal, pero ve asegurada la efectividad de la eventual sentencia estimatoria.

En la posición contraria, la Administración demandada y los terceros interesados en la actuación administrativa impugnada sufrirán las consecuencias que se deriven de la publicidad registral del proceso, pero, a diferencia de lo que sucede con otras medidas cautelares propias del proceso contencioso-administrativo —como la suspensión del acto o disposición impugnados—, la anotación no impide la plena ejecución de la actuación administrativa objeto de la impugnación (33).

(31) Como señalan DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1026 y 1027, respectivamente, «la indemnizabilidad del perjuicio que se pueda derivar de la pérdida de efectividad de la sentencia no debe conllevar, con carácter sistemático, la denegación de la justicia cautelar solicitada», por lo que «la adopción de la medida cautelar en los supuestos en que los perjuicios derivados del *periculum in mora* pudieran ser evaluados económicamente y, en consecuencia, indemnizados, dependerá del interés prevalente, de tal manera que si el interés prevalente es el público, el particular solicitante de la justicia cautelar verá denegada su adopción debiendo conformarse, en su caso, con una indemnización económica en resarcimiento de los perjuicios causados».

(32) Así, ORTELLS RAMOS, M., «Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil», en AC, núm. 42, 1996, pág. 933.

(33) Vid. LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 72, quien señala que determinadas pretensiones pueden ser tuteladas cautelarmente mediante la anotación preventiva, sin necesidad de acudir a la medida cautelar de suspensión.

- b) De lo anterior resulta que, aunque posteriormente resulte desestimada la demanda interpuesta, la actuación administrativa impugnada habrá podido ser ejecutada en todo caso durante la pendencia del proceso, por lo que la insatisfacción de los intereses generales durante la pendencia del mismo no habrá sido excesivamente grave (34).
- c) Por regla general, la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo presupone la existencia de un conflicto entre derechos e intereses legítimos de contenido simplemente patrimonial, en el que la imposibilidad o el grado de dificultad de satisfacción específica de los derechos e intereses legítimos en juego es mayor en relación con el actor.
Téngase en cuenta que de no adoptarse la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, el actor deberá soportar el riesgo de que la eventual sentencia estimatoria no pueda ser actuada o ejecutada en forma específica, debiendo conformarse, en su caso, con una indemnización pecuniaria por equivalente.
En el lado contrario, aunque la medida cautelar se haya adoptado y posteriormente la sentencia haya sido desestimatoria, tanto la Administración demandada como los terceros interesados en la actuación administrativa impugnada, no habrán corrido el riesgo de imposibilidad de satisfacción específica, pues la anotación preventiva no imposibilita, cuando la demanda resulte desestimada, la ejecución del acto o la aplicación de la disposición objeto de la impugnación, sino que permite esa ejecución o aplicación incluso durante la pendencia del proceso.
Como máximo, la Administración y los interesados en la actuación administrativa habrán sufrido los perjuicios inherentes a la publicidad registral del proceso, pero éstos podrán ser indemnizados con la caución prestada por el actor.
- d) Es posible que en algunos supuestos el número de personas tuteladas con la anotación puede ser inferior al número de personas interesadas en la actuación administrativa (vg., la expropiación de una finca para la construcción de una carretera), pero también es cierto que una actuación administrativa puede perjudicar a una pluralidad de personas y éstas pueden impugnarla solicitando la correspondiente anota-

(34) CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela...*, cit., pág. 569, indica que «la esencia de la tutela cautelar radica, pues, en conciliar la afectividad de la tutela judicial con la eficacia administrativa», añadiendo que se trata de «un equilibrio tan necesario como difícil de encontrar».

Por mi parte, entiendo que la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo constituye una de las medidas cautelares que mejor se aproxima a dicho equilibrio.

ción preventiva (vg., la concesión de una licencia para la instalación de una refinería de petróleo).

- e) Por último, señalar que el grado de solvencia del sujeto o de los sujetos eventualmente responsables de indemnizar, juega, en principio, en contra del actor, pues se presume que la Administración es siempre solvente.

Sin embargo, considero que este último aspecto no debe ser decisivo en relación con los apuntados anteriormente, pues, de ser ello así, la lógica conduciría a que difícilmente se pudiera obstaculizar la actuación administrativa impugnada mediante la adopción de medidas cautelares.

A modo de conclusión, y en virtud de las consideraciones expuestas, dada la idiosincrasia de la medida cautelar de anotación preventiva, me muestro partidario, *a priori*, de una orientación jurisprudencial a favor de la adopción de la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, pues, como señala la propia Exposición de Motivos, «la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario».

2.2. LA SITUACIÓN JURÍDICA CAUTELABLE Y LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO

2.2.1. *La situación jurídica cautelable: El objeto de la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo*

Antes de precisar las diferentes situaciones jurídicas susceptibles de ser tuteladas cautelarmente mediante la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, se debe señalar que todas las pretensiones, a las que a continuación me referiré, encuentran su anclaje normativo en el artículo 31 LJCA, que contempla como posible objeto del proceso contencioso-administrativo las pretensiones de anulación de un acto o disposición y las pretensiones accesorias de tal anulación. En concreto, en tal precepto se dispone que:

1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación, según el capítulo precedente.
2. También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

A) La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en general

La experiencia práctica demuestra de forma continuada que aquellas sentencias dictadas en contra de la Administración, que no se limitan únicamente a la anulación de un acto administrativo, sino que exigen de la concreta Administración condenada una actitud positiva de entregar o devolver alguna cosa, o de realizar una prestación que implique alguna modificación o alteración jurídico-real, encuentran serios obstáculos para su ejecución.

Ante tal situación, «se trata de robustecer las medidas cautelares con instrumentos efectivos que aseguren anticipadamente que en una serie de actos —los que afectan o recaen sobre bienes inmuebles—, el contenido de la sentencia que en su día se dicte podrá objetivamente ser cumplido, superando las dificultades que tal propósito por naturaleza entraña» (35).

LASO MARTÍNEZ sistematiza distintos supuestos en los que por poder resultar condenada la Administración a entregar algún bien inmueble o a devolverlo, o a realizar cualquier tipo de modificación jurídico-real, sería útil una medida cautelar como la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo o de la demanda correspondiente (36). En concreto:

- En los procesos de reversión de expropiaciones, cuando el sujeto expropiado solicita la reversión de los bienes expropiados por la desaparición sobrevenida de la causa de expropiación, y en los procesos promovidos contra la expropiación forzosa, en los que se litiga sobre la legítima existencia de la *causa expropriandi* en una expropiación abusiva, o en los que se discute la adecuada delimitación

(35) LASO MARTÍNEZ, J. L., «Las anotaciones en materia de urbanismo de la Ley 8/90», en AA.VV., *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, 1991, pág. 249. El mismo autor, «Registro de la Propiedad y Urbanismo», en AA.VV., *La evolución del Derecho Registral en los últimos cincuenta años*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, 1997, pág. 284, resalta que con la introducción de esta anotación preventiva se ha «abierto un campo excepcionalmente útil a favor de la sociedad en defensa de la legalidad y para la efectividad de las resoluciones judiciales», y en *Cautelas...*, cit., pág. 72, augura que esta anotación «está llamada a jugar un papel importante como instrumento especialmente reconocido para salvaguardar los derechos de los ciudadanos ante la invasión omnipresente de la acción administrativa».

(36) Vid. LASO MARTÍNEZ, J. L., en *Las anotaciones...*, cit., págs. 249-253, y en *Cautelas...*, cit., pág. 79. En la misma línea ya se pronunció DE MENA Y SAN MILLÁN, J. M.^a, *Calificación...*, cit., pág. 71, pues «la materia contencioso-administrativa no es ajena al contenido del Registro, ya que por vía administrativa se crean, modifican y extinguen, derechos de naturaleza real inscribibles».

contenida en el proyecto de expropiación, si se considera que un bien inmueble incluido en él no forma en realidad parte del mismo, en todo o en parte, cuando la posterior disposición o transmisión de los bienes inmuebles implicados podría atentar contra la efectividad de la eventual sentencia estimatoria frente a los terceros adquirentes (37).

- En los procesos en que se solicite la resolución de una cesión obligatoria por una cesación sobrevenida de la causa.
- En los procesos entablados en el ámbito de los actos de disposición patrimonial promovidos por quien entiende que debió ser preferido en la selección de contratistas para la venta de bienes patrimoniales contra la Administración y el adjudicatario.
- En los procesos en que se impugnan las concesiones administrativas sobre bienes inmuebles que hipotecariamente tienen la condición de fincas registrales según los artículos 31, 60 y siguientes RH; la reversión de los bienes afectos a ellas; la declaración de parcela sobrante, etc.
- En los casos en los que, en realidad, el proceso se plantea entre partes privadas, pero dicho proceso debe seguirse en vía contencioso-administrativa, a consecuencia de haber surgido el derecho impugnado de la existencia de un acto administrativo, en el que la Administración ha intervenido ejerciendo funciones arbitrales entre los particulares, al tratarse de una acción administrativa de interés público innegable.

Se trata de supuestos en los se impugnan actos de la Administración que lleva a cabo una actividad arbitral sobre bienes de propiedad privada que, por la acción transformadora derivada de la existencia de razones de utilidad social son reconfigurados por aquélla, pero sin que por ello la misma acceda al dominio.

Estos supuestos se plantean en el ámbito agrario en relación con la concentración parcelaria cuando se discuta ante los tribunales sobre la titularidad inscrita a favor del adjudicatario de la concentración por ser indebida la adjudicación (38), y principalmente en el ámbito urbanístico. Por

(37) En el supuesto contemplado por la STS (Sala 3.^a), de 18 de febrero de 1999 (BDA, m. RJ 1999/1882), se recoge un auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de La Rioja, de 21 de junio de 1995, por el que se acordó la anotación preventiva de la demanda interpuesta, en la que se impugnaban unos acuerdos municipales que aprobaron definitivamente la relación concreta e individualizada de bienes afectados por el expediente de expropiación forzosa para la ejecución de una determinada unidad de actuación.

(38) Vid. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 5, Pamplona, Aranzadi, 1983, págs. 782-783.

ejemplo, en la delimitación de las unidades de actuación, de ejecución o polígonos en los que se excluye indebidamente un terreno del perímetro que sería procedente; en la aprobación de los complejos procesos de reparcelación o de compensación en los que discrepan los interesados acerca de la pertenencia de una finca a la unidad reparcelable, sobre los criterios de valoración de aportaciones o de adjudicación, etc.; en la impugnación de los acuerdos de la Juntas de Compensación; en la aprobación indebida de aprovechamientos ya consumados o no pertenecientes a quien intenta su patrimonialización; en la exclusión indebida de terrenos para la distribución de beneficios y cargas nacidas del planeamiento, o en los casos de impugnación de licencias de edificación, en los que el proceso puede durar más del doble del tiempo que es necesario para conseguir la edificación y la ocupación por terceros de la obra finalizada.

En tales supuestos, «en los que se ha producido una incesante invasión de la Administración de ámbitos privados, sustituyendo en muchos casos a la jurisdicción ordinaria que inicialmente debería ser la competente, las razones de salvaguardia del interés público, justificándose en la ejecutoriedad del acto, no son tan evidentes como para proclamar a ultranza su salvaguardia. Realmente se ha producido una artificiosa publicitación de intereses privados en los que el acto previo de la Administración no tiene por qué tener una primacía absoluta cuando se sabe que no siempre tiene presentes, de manera única, criterios de legalidad.

Ciertamente que al interesado le cabe acudir solicitando de los Tribunales que adopte las medidas cautelares de suspensión de efectos del acto, por existir prejuicios de imposible o difícil reparación. Pero ello no siempre resulta eficaz porque en el acto en su conjunto pueden existir razones de interés público para mantenerlo, con lo cual la anotación puede permitir unos efectos cautelares más limitados» (39).

Dicho de otro modo, ante la interposición de recursos contencioso-administrativos con trascendencia registral, es posible la adopción de anotaciones preventivas de los mismos, trasladando al proceso contencioso-administrativo la experiencia positiva obtenida en el proceso civil con las anotaciones preventivas cautelares.

Hasta la aprobación de la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, de 25 de julio de 1990, parte de la doctri-

(39) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., pág. 250.

El mismo razonamiento recoge la STS (Sala 3.^a), de 15 de julio de 1998 (BDLLA, Jurisprudencia), al establecer que «un principio de proporcionalidad aconseja eludir una medida extrema como es la suspensión de la completa ejecutividad de una modificación del plan, cuando con medidas más matizadas, como sería la simple anotación preventiva del escrito de demanda, podrían evitarse los riesgos que denuncia la parte recurrente».

na (40) y la propia DGRN (41) entendían que para la adopción y práctica de estas medidas cautelares de carácter registral en el proceso contencioso-administrativo no era necesaria una previsión expresa de las mismas, bastando la regulación contenida en el artículo 42-1 LH, con las naturales adaptaciones al mencionado proceso, a la vez que se justificaba la escasa, aunque no nula (42), utilización jurisprudencial de las anotaciones preventivas en dicho proceso en el hecho de que el artículo 42-1 LH sólo las prevé para el proceso

(40) Así, LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., págs. 251-254, quien partiendo de la generalizada y comúnmente admitida interpretación finalista del artículo 42-1 LH, consideraba, antes de la reforma del proceso contencioso-administrativo, que siempre que se ejercitara una acción, real o personal, con trascendencia real debía ser admisible la anotación preventiva de demanda, independientemente de que se realizara tal ejercicio por el cauce del proceso civil o del contencioso-administrativo. Asimismo véase, del mismo autor, *Cautelas...*, cit., págs. 79-80. Por su parte, ALVAREZ-LINERA Y URÍA, C., «La nueva Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad», en AA.VV., *Urbanismo II*, en BDP-CGPJ (26/1993/págs. 363-384. Código CA932610), págs. 3-5, entendía que la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo podía adoptarse al amparo del artículo 221 de la Ley del Suelo de 1976, que permitía la inscripción o anotación de los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en dicha ley, conforme a lo establecido en la normativa hipotecaria, en relación con el artículo 42-1 y 10 LH.

Vid. también DE MENA Y SAN MILLÁN, J. M.^a, *Calificación...*, cit., págs. 73-75; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2021; y AVILA NAVARRO, P., *Comentarios...*, cit., págs. 72-73, quienes también se mostraban partidarios de ampliar el campo de actuación de la anotación preventiva de demanda del artículo 42-1 LH a todos aquellos casos en los que se ejercitara una pretensión que pudiera desembocar en una resolución con trascendencia real.

Asimismo, CAMPO CABAL, J. M., *Medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, Bogotá, Temis, 1989, págs. 210 y sigs., se ha mostrado partidario de la aplicación de la anotación preventiva en el proceso contencioso-administrativo.

(41) Por su parte, la RDGRN de 27 de enero de 1998 (BDLLA, Jurisprudencia), parece dar a entender que también es posible la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo ex artículo 42-1 LH, al establecer que con «la innegable posibilidad de anotación preventiva de la demanda en recurso contencioso-administrativo (cfr. art. 42.1 de la Ley Hipotecaria, 307 LS), quedan suficientemente garantizados los derechos de los particulares desde la perspectiva registral».

Vid. asimismo la RDGRN de 11 de noviembre de 1998 (BDA, m. RJ 1998/8493).

(42) El AAT de Barcelona (Sala 2.^a), de 26 de septiembre de 1969 (RJC, 1970, págs. 165-169), también adoptó una anotación preventiva ex artículo 42-1 LH en un proceso cuyo objeto versaba sobre cuestiones íntimamente relacionadas con el urbanismo:

Que la Ley del Suelo vino a ser el Estatuto jurídico de la propiedad urbana, pero ni su contenido puede ser el resultado de una evolución consumada del problema actual, esencial y cambiante de la vivienda y suelo urbano, ni las razones de justicia que la inspiran, en unión de las sociales y económicas, si su preciso contenido normativo, han llegado debidamente al espíritu y conciencia popular, ni en la medida que fuera de desear, a la doctrina de los juristas, por lo que los problemas de la configuración legal de la propiedad urbana, de sus deberes y de sus limitaciones, en especial, en su relación con el Registro de la Propiedad, todos son problemas de trascendencia y difícil solución, siendo muestra los que originan

civil (43), y en la circunstancia de que cuando se discutía la legalidad del acto administrativo se podía solicitar y adoptar la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto recurrido (44).

Estando ya en vigor la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, de 25 de julio de 1990 (Disposición Adicional décima); el Real Decreto-ley 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (arts. 307 y 309); y el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprobaron las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (arts. 1-6 y 67), que contemplan la posibilidad de anotar preventivamente la interposición del recurso contencioso-administrativo en materia urbanística, parte de la doctrina también apuntó, con anterioridad a la reforma del proceso contencioso-administrativo, la posibilidad de hacer extensible esta pre-

los usos provisionales, las servidumbres, los estatutos de limitaciones, establecidos por pactos entre comuneros o vecinos o del dueño primitivo del edificio o la urbanización, por ello es evidente la imposibilidad de prescindir del sistema inmobiliario registral para mantener la seguridad jurídica y de tráfico.

Que si bien la pretensión del actor puede tener su fundamento en las disposiciones de la Ley del Suelo en cuanto configura la esencia de la propiedad urbana, sus limitaciones o su indivisibilidad, condicionadas a declaraciones administrativas, no se trata de discutir su legalidad, existencia o alcance en cuanto a su contenido, que, en realidad, constituirán hechos de prueba, sino de discutir su trascendencia modificadora del derecho inscrito, tanto en relación con sus facultades en sí como con su objeto material, finca, todo ello dentro del campo de las relaciones privadas, lo que acota el problema por referirse sólo a la procedencia de la anotación preventiva pedida, por lo que dado lo prevenido en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, 139 de su Reglamento, y 78 y 79, en especial, de la Ley del Suelo, y el contenido de los documentos aportados, escrito de demanda y suplico de la misma, es obligado declarar procedente la anotación preventiva solicitada por el actor en el otrosí de su escrito de demanda.

Por el contrario, el ATS (Sala 3.^a), de 23 de mayo de 1989 (BDA, m. RJ 1989/3958), denegó una anotación preventiva cautelar en un proceso contencioso-administrativo fundamentando la decisión en el argumento formalista de que dicha anotación no estaba prevista en la LJCA.

(43) Así, el ATS (Sala 3.^a), de 23 de mayo de 1989 (BDA, m. RJ 1989/3958), que revocó la decisión de la Sala *a quo* de la Audiencia Territorial de Burgos de anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el que se pretendía la anulación de una licencia municipal de construcción de un edificio, fundamentando su decisión en que el artículo 42 LH exige como requisito para que se pueda practicar una anotación preventiva que quien la solicite tenga derecho a exigirla conforme a lo dispuesto en alguna norma, «ya que no cabe librar mandamientos judiciales de anotaciones preventivas cuando las mismas no vienen autorizadas expresamente por alguna Ley según conocida doctrina de la Dirección General de los Registros».

(44) Así, LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., págs. 74 y 80, nota 5.

visión a otros ámbitos del Derecho Administrativo, con las adaptaciones necesarias (45).

En la actualidad, en virtud del artículo 129.I LJCA, cuando se interponga un recurso contencioso-administrativo en el que se ejercite una acción con trascendencia jurídico-real se podrá solicitar y adoptar su anotación preventiva.

B) La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en materia urbanística

Tal y como se razona en el Preámbulo del Real Decreto 1093/1997, «la acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas, pues la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídico-reales, cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas. No obstante si la acción urbanística en sí misma provoca una alteración en las titularidades inmobiliarias, surge un punto de contacto de necesaria coordinación» (46).

(45) Vid. LASO MARTÍNEZ, J. L., *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. 192. El mismo autor, *Cautelas...*, cit., págs. 79-80, sostiene una opinión diversa.

(46) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*, III, Madrid, Civitas, 1993, págs. 2417-2418, entiende que «si el Registro de la Propiedad es el servicio público que tiene por finalidad garantizar el tráfico jurídico sobre los bienes inmuebles y la LS tiene por objeto —según expresión de su art. 1— la ordenación urbanística, fácil es comprender la íntima conexión entre uno y otra».

FUENTES SANCHIZ, N., *En torno al urbanismo. Política del suelo y Registro de la Propiedad*, Madrid, 1963, págs. 6-7, afirma que «las determinaciones sobre Política del Suelo (...) tienen para su desarrollo y garantía un solo instrumento adecuado: el Registro de la Propiedad. La institución, que en sus comienzos protegía al propietario frente a intrusiones en su Derecho, sirvió más tarde, acentuadamente, para asegurar el cumplimiento de las disposiciones estatales. Y hoy sirve, sin distinción, en el fiel de la balanza, el interés público y el privado. Ha pasado, además, no una, sino varias pruebas de fuego, al tener que adaptarse en el transcurso de los tiempos a las diversas circunstancias, a veces con dramáticos cambios de orientación».

Para PETREL SERRANO, J. L., «La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», en AA.VV., *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Madrid, 1991, pág. 54, «la dificultad del tema se encuentra en el punto de partida, ya que la acción urbanística es, ante todo, una acción pública mientras que el Registro de la Propiedad nació con una finalidad muy específica en el campo del Derecho Privado, cual era de dar certidumbre a las situaciones inmobiliarias para facilitar «el crédito territorial»; ahora bien, sin duda alguna que poderosas fueron las razones que en su día motivaron el establecimiento de la institución con originarios caracteres, también lo son en la actualidad aquéllas que destacan el hecho de que la Administración Pública hoy actúa en el núcleo central del dominio definiendo su cometido, por lo que todo cuanto concierne a la ejecución

Como resaltó la RDGRN de 12 de enero de 1984 (47), «una de las materias en que es precisa la máxima coordinación entre las Instituciones afectadas es aquella que hace referencia a la constancia en el Registro de la Propiedad de las variadas situaciones urbanísticas que pueden producirse a causa de la legislación especial de urbanismo, al objeto que la función de publicidad propia de los libros registrales muestre a todos los interesados la verdadera situación jurídica en que se encuentran las fincas afectadas y que a la vez puedan conocer las consecuencias que se derivan de este tipo de actividad y se evite de otra parte —ante su no constancia— la aparición del tercero protegido por la fe pública».

Dando por sentado que «los cada día más frecuentes actos sujetos a Derecho administrativo con trascendencia en el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria determinan la posibilidad de inscripción de los mismos, con las consecuencias que ello supone (...), por la misma razón, la impugnación en vía contencioso-administrativa de aquellos actos puede dar lugar a una sentencia estimatoria que, al producir efectos jurídicos-materiales, afectará a los derechos dominicales inscritos. (...). Cuando estos actos administrativos se han dictado en el ámbito urbanístico, es evidente la posibilidad de acceso al Registro de la iniciación del proceso, al igual que la iniciación de un proceso civil» (48).

Precisamente, para garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria de ese proceso y los derechos de los particulares desde la perspectiva registral (49), se ha introducido en nuestro Derecho la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en materia urbanística (50).

del planeamiento urbanístico está fuertemente ligado a los sistemas de publicidad inmobiliarios adoptados por el Estado para dar seguridad al tráfico jurídico, evitar las situaciones de clandestinidad que afecten a los bienes inmuebles y promover la seguridad jurídica».

(47) BDA, m. RJ 1984/5748.

(48) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., pág. 2425.

(49) Vid. la RDGRN de 27 de enero de 1998 (BDAC, R14/1998, pág. 18), según la cual, con «la innegable posibilidad de anotación preventiva de la demanda en recurso contencioso-administrativo (cfr. art. [...] 307 LS), quedan suficientemente garantizados los derechos de los particulares desde la perspectiva registral».

(50) Así, la RDGRN de 12 de diciembre de 1997 (BDA, m. RJ 1997/8823), ha admitido la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra unos acuerdos de un Ayuntamiento por los que se aprobaba la relación individualizada de los bienes afectados por el expediente de expropiación forzosa para la ejecución de una determinada unidad de actuación sobre determinada finca registral que carecía ya de existencia tras la aprobación e inscripción del proyecto de compensación.

Vid. también las RDGRN de 23 y 24 de abril de 1997 (BDA, m. RJ 1997/3595; 3596), sobre la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo que impugna el acuerdo de aprobación definitiva de un plan parcial de ordenación, sobre determinadas fincas resultantes de la ejecución, por el sistema de compensación, de la urbanización de la zona a que se contrae ese plan parcial, habida cuenta que el mandamiento que ordena la práctica de la anotación se refiere a determinadas fincas originarias

La permanente aspiración de realizar una adecuada coordinación entre la materia urbanística y el Registro de la Propiedad se satisfizo en parte con la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, de 25 de julio de 1990 (LRRUVS) (51).

En virtud de esta ley, todo acto administrativo que, de una u otra forma, desde luego o en lo futuro, afecte al dominio o a los derechos reales sobre bienes inmuebles, determinando su nacimiento, modificación o extinción, será susceptible de registración, dependiendo la modalidad de asiento registral del tipo de acto que tenga acceso al Registro.

Esta ley fue la primera norma de naturaleza administrativa en prever la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo. En su Disposición Adicional décima se disponía que:

Primero: Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad (...):

6. La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias (...).

Tercero: (...):

2. Se harán constar mediante anotación preventiva los actos de los números 3 y 6 del apartado primero. Tales anotaciones caducarán a los cuatro años y podrán ser prorrogadas a instancia del órgano urbanístico actuante (...).

La mencionada ley supuso un avance importantísimo al permitir la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el ámbito urbanístico, ámbito en el que se circunscriben la mayoría, aunque no todos, de los recursos contencioso-administrativos con trascendencia registral susceptibles de ser anotados preventivamente.

Con posterioridad, el Real Decreto-ley 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLRSOU), ha recogido, reproduciéndola prácticamente, la previsión introducida por la precedente ley (52):

correspondientes a dicha zona, cuyos folios registrales ya han sido cerrados por efecto de la compensación.

Por su parte, el ATS (Sala 3.^a), de 15 de abril de 1993 (BDA, m. RJ 1993/2608), considera procedente la anotación preventiva del interpuesto recurso contencioso-administrativo que impugna el acuerdo de aprobación definitiva de un plan parcial, en cuanto en el mismo se establece que la gestión del planeamiento se realizará por sistema de expropiación mediante tasación conjunta.

(51) Para GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., pág. 2421, «la evolución de la legislación urbanística y de la hipotecaria ponen de manifiesto la tendencia a hacer realidad una coordinación tan difícil como necesaria».

(52) Se debe hacer constar que tanto el artículo 307 como el 309 de esta norma continúan vigentes según determina la Disposición Derogatoria única de la actual Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

Artículo 307. Actos inscribibles:

Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad (...):

6. La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias (...).

Artículo 309. Clases de asientos (...):

2. Se harán constar mediante anotación preventiva los actos de los números 3 y 6 del artículo 307. Tales anotaciones caducarán a los cuatro años y podrán ser prorrogadas a instancia del órgano urbanístico actuante o resolución del órgano jurisdiccional, respectivamente (...).

No obstante la utilidad de las breves pero imprescindibles normas contenidas en la Ley 8/1990, de 25 de julio, y en el Real Decreto-ley 1/1992, de 26 de junio, era necesario un desarrollo reglamentario posterior más detallado, ya que la escueta regulación introducida planteaba serias dudas y problemas de interpretación al no establecerse un régimen jurídico ni específico ni supletorio para las anotaciones mencionadas (53).

Ese desarrollo reglamentario se ha producido con el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (54).

Esta norma reglamentaria dedica los capítulos VII y VIII a la regulación de las anotaciones preventivas decretadas en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso-administrativo.

En su Preámbulo se pone de manifiesto que, en la materia que nos ocupa, «una de las finalidades perseguidas en la nueva normativa ha sido la de lograr

(53) Por ejemplo, como señalaba LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., págs. 246-247, el legislador establecía que la interposición del recurso contencioso-administrativo se haría constar mediante anotación preventiva, pero se limitaba «a utilizar una expresión de contenido y creación meramente técnico, el asiento de anotación, sin precisar a qué tipo de anotaciones se refiere de entre las varias conocidas en el Derecho Registral». Véase, del mismo comentarista, *Urbanismo...*, cit., pág. 196.

En ausencia de un desarrollo reglamentario, tampoco quedaba claro, como se estudiará más adelante, cuál era el título anotable.

(54) La propia Disposición Adicional décima (Cuarto-6) LRRUVS, ratificando la previsión ya contenida en la Ley 8/1990, sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, establecía que «en el plazo de seis meses, el Gobierno aprobará las modificaciones del Reglamento Hipotecario para el desarrollo de esta Disposición Adicional». Esa previsión se ha visto cumplida en un tiempo récord de siete años.

Esta regulación reglamentaria ha hecho realidad la previsión realizada en 1963 por FUENTES SANCHIZ, N., *En torno...*, cit., pág. 55, que en aquel entonces vaticinaba que «es de esperar que en futuras reformas del Reglamento Hipotecario —donde tiene adecuada cabida— se estructurará la técnica urbanística registral, y estamos seguros que ello ha de ocurrir sin precipitaciones y con acierto».

que el Registrador de la Propiedad pudiera ser un eficaz cooperante en materia de disciplina urbanística sin que (...) se desvirtuara su función».

En concreto, «existe la previsión legal de que pueda acceder al Registro, a instancia de los particulares, la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anotación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias» (vid., arts. 1-6 y 67 del Real Decreto 1093/1997) (55).

Además, este Real Decreto 1093/1997 ha completado la previsión de las dos normas precedentes, al disponer que no sólo será susceptible de anotación preventiva el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, sino también la demanda formulada en dicho recurso (vid., arts. 1-6 y 70) (56).

A juicio de la doctrina, en virtud del Real Decreto 1093/1997, «se recoge la auténtica anotación judicial de demanda trasladada al contencioso-administrativo» (57), siendo prueba de ello la remisión como normativa supletoria a

(55) Para GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., págs. 2425-2426, «sin que la LS lo estableciera expresamente, sería incuestionable la posibilidad de acceso a los libros del Registro de la interposición de un recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de los actos de ejecución de los instrumentos de planeamiento o de licencias, siempre que unos y otros afecten a los derechos inscritos. Sin embargo, dado su carácter normativo, no parece tener sentido el posible acceso a los libros del Registro de la iniciación de un proceso administrativo cuyo objeto es la anulación de un instrumento de planeamiento, ya que, precisamente por su naturaleza normativa, la anulación que pudiera pronunciarse en la sentencia no afectaría, en principio, a los actos que hubieran podido dictarse en aplicación del instrumento anulado (cfr. Comentario al art. 65). En todo caso, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el número siguiente, al exigir que se concreten a «fincas determinadas»». Este mismo razonamiento es reproducido por ALVAREZ-LINERA Y URÍA, C., *La nueva...*, cit., pág. 5.

Sin embargo, en contra del parecer de dicho autor, se debe tener presente que la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, permite la impugnación de disposiciones generales con valor normativo y la adopción de medidas cautelares en relación con las mismas (art. 129-2).

ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (VII), cit., págs. 60-61, valoran positivamente el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, ya que a diferencia del 1-6 de la misma norma y de los preceptos legales objeto de desarrollo, no habla específicamente de petición de nulidad o anulación, sino que posibilita la anotación al «que promoviere recurso contencioso-administrativo *contra* los actos de la Administración Pública que tengan por objeto la aprobación definitiva de los planes de ordenación, de sus instrumentos de ejecución o de licencias» (la cursiva es mía).

(56) Esta previsión es criticada favorablemente por ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (VII), cit., pág. 61, quienes entienden que «debe estimarse que será posible, con la debida justificación, obtener del Tribunal que se ordene una u otra anotación o ambas de forma sucesiva sin que sea preciso que practicada la segunda tenga lugar la cancelación de la primera, pues ambas pueden tener recíproco complemento y sentido independiente, como lo prueba el hecho de que los propios preceptos reguladores para una y otra exigen debida justificación ante el Tribunal».

(57) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., pág. 246. En el mismo sentido, MANZANO SOLANO, A., *Derecho Registral Inmobiliario, II. Procedimiento registral ordina-*

los preceptos que la legislación hipotecaria dedica a la anotación preventiva de demanda, ya que ésta constituye el modelo de anotación preventiva más afín a aquélla (58).

Como se puede apreciar, se permite la anotación preventiva de aquellos recursos contencioso-administrativos en los que se ejercita una acción personal con trascendencia real inmediata, o incluso acciones personales que tienden a modificar objetivamente los bienes inmuebles implicados en el acto

río, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, 1994, pág. 819.

(58) Así lo dispone su artículo 72, según el cual, «la duración, prórroga y las demás cuestiones no especialmente previstas en los artículos anteriores, se regirán por lo establecido en la legislación hipotecaria para la anotación preventiva de demanda».

Con anterioridad a esta previsión del Real Decreto 1093/1997, la generalidad de la doctrina había defendido una aplicación supletoria de las normas dictadas para la anotación preventiva de demanda del artículo 42-1 LH.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., pág. 2431, ya sostenía que el régimen jurídico de esta anotación sería el propio de la anotación preventiva de demanda de la normativa hipotecaria. En el mismo sentido se pronunciaban DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., «Anotación de interposición de recurso contencioso-administrativo. Título inscribible», en *BCRE*, núm. 33, 1998, pág. 319, y LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., págs. 247 y sigs.

En espera de que el desarrollo reglamentario ofreciera el modelo de anotación preventiva de acuerdo con las pretensiones que trata de garantizar tal anotación, la jurisprudencia también intentó estudiar y considerar esta anotación desde la perspectiva del modelo más afín, como es el de la anotación preventiva de demanda del artículo 42-1 LH. De este modo se manifestó el ATS (Sala 3.^a), de 15 de abril de 1993 (BDA, m. RJ 1993/2608):

Segundo.—Por el contrario, las alegaciones de los apelantes en lo que respecta a la procedencia de su petición de inscripción en el Registro de la Propiedad de la interposición de su recurso contencioso-administrativo contra el referido acto, que la Sala de instancia también les denegó, necesariamente han de ser atendidas con la consecuente estimación de su recurso de apelación en este punto para revocar en cuanto a él el auto recurrido y decretar tal inscripción. Conduce a ello ineludiblemente lo dispuesto en el número 6 del apartado primero de la Disposición Adicional décima de la Ley 8/1990, de 25 julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, vigente ya en el momento de la interposición de dicho recurso y hoy artículo 307.6 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio, sin que a lo mismo se oponga válidamente el que, como dice la resolución recurrida, la inscripción o anotación pedida no esté prevista en la legislación hipotecaria, puesto que esa Disposición Adicional reforma la Ley Hipotecaria con el rango suficiente, y si bien ni entonces ni ahora se han llevado a cabo las modificaciones del Reglamento Hipotecario para el desarrollo de tal Disposición Adicional dispuestas para en el plazo de seis meses en el número 6 de su apartado cuarto, la omisión de ello no puede erigirse en obstáculo para que lo dispuesto por Ley quede sin eficacia, pudiendo suplirse con la extensión analógica de lo dispuesto en dicho Reglamento para las anotaciones preventivas de demanda.

administrativo impugnado, siempre que tales bienes estén identificados y afectos directamente a los resultados del proceso (59).

Al respecto se argumenta que «las formas de acción administrativa y su extensión al ámbito de la acción conformadora de los derechos privados debe permitir que sean anotables también aquellas acciones que aun cuando de manera directa e inmediata no persigan la creación de un derecho real como consecuencia de la sentencia persigan, en cambio, la modificación del contenido de un acto, que, de reformarse, provocará indirectamente y de forma mediata efectos patrimoniales.

Tal es el caso, por ejemplo, de la impugnación de la indebida delimitación de una unidad de actuación por el titular de una zona verde de cesión gratuita excluido del ámbito de la misma contiguo a la zona verde. Si se impugna el acto de delimitación puede ser solicitada la anotación de la demanda sobre las fincas que integran la misma, toda vez que, de consumarse la edificación de ellas, quedaría excluida la zona verde del área de reparto, eliminándose la justa distribución de los beneficios y cargas del planeamiento» (60).

Otra específica anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo se contempla en el capítulo X del Real Decreto 1093/1997, al regular la inscripción de actos de parcelación cuando se trate de actos de división o segregación de fincas de dimensión inferior a la parcela mínima de cultivo. En concreto, en su artículo 80 dispone que:

Cuando se trate de actos de división o segregación de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, los Registradores de la Propiedad remitirán copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente, en los términos previstos en el apartado 5 del artículo anterior. Si dicha Administración adoptase el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, remitirá al Registrador certificación del contenido de la resolución recaída. En el caso que transcurran cuatro meses desde la remisión o de que la Administración agraria apreciase la existencia de alguna excepción, el Registrador practicará los asientos solicitados. En el supuesto de que la resolución citada declarase la nulidad de la división o segregación, el Registrador denegará la inscripción. Si dicha resolución fuese objeto de recurso contencioso-administrativo, el titular de la finca de que se trate podrá solicitar la anotación preventiva de su interposición sobre la finca objeto de fraccionamiento.

(59) Advierte ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 28, que sólo cabrá la anotación preventiva de la impugnación de los instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias «cuando el contenido del acto de que se trate afecte a algún aspecto que tenga trascendencia en cuanto a la titularidad o al contenido de los derechos inscritos, es decir, en cuanto afecte al ámbito de los derechos reales inmobiliarios».

(60) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., pág. 254.

Por último, apuntar que existen dos supuestos en los que también podría ser útil la constancia registral de la interposición de un recurso contencioso-administrativo:

- a) En primer lugar, el artículo 61 del Real Decreto 1093/1997 prevé la posibilidad de que se interponga un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Administración que dio lugar a la anotación preventiva de expediente disciplinario (61).
- b) En segundo lugar, el artículo 64 del Real Decreto 1093/1997, al regular los efectos registrales de la terminación del expediente administrativo disciplinario en vía jurisdiccional, establece que «cuando el expediente administrativo hubiese sido recurrido en vía jurisdiccional, la sentencia, auto o resolución que ponga fin al procedimiento, dará lugar a la práctica de los asientos que la misma ordene, en los términos y con los efectos previstos en el artículo 71 para las resoluciones judiciales que pongan fin al recurso contencioso-administrativo».

Este precepto remite al artículo 71 de la misma norma, que contempla los efectos de la sentencia que ponga fin al proceso en el que se hubiera ordenado la correspondiente anotación preventiva, pero no prevé que el sujeto interesado pueda solicitar tal anotación.

Como se ha apuntado, «como el artículo 64 se remite a la *sentencia del artículo 71*, y este precepto se refiere a la *sentencia firme que ponga fin al procedimiento contencioso-administrativo en el que se hubiera ordenado la anotación preventiva*, podría interpretarse que también cabe anotación preventiva en este supuesto del artículo 64» (62).

No obstante lo expuesto, se debe advertir que no todo recurso o demanda que verse sobre cuestiones urbanísticas será susceptible de anotación preventiva. La RDGRN de 11 de noviembre de 1998 (63) ha puesto de manifiesto

(61) Para GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario (Urbanismo y Registro)*, V, Madrid, Civitas, 1999, pág. 644, «no está previsto, en este caso, que el recurrente pueda obtener anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo, pues se trataría de una superposición de anotaciones, en que no se vislumbra ningún interés específico para ello».

(62) Así, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 645, quien, no obstante, indica que «cabe dudar de la eficacia práctica de esta medida, pues a pesar de la anotación, subsistirá de momento con toda su eficacia publicitaria la nota marginal de la resolución administrativa que se trata de impugnar. Únicamente podría justificarse para publicar que la nota marginal, a su vez, no tiene una publicidad definitiva, al estar impugnada. En todo caso, cuando se dicte la sentencia correspondiente estimatoria del recurso, procederá la cancelación de la nota marginal, conforme al ya estudiado artículo 65.2 del Reglamento».

(63) BDA, m. RJ 1998/8493.

que para ello es necesario que el recurso o la demanda presenten una trascendencia jurídico-real:

Primero.—En el presente recurso se debate sobre la posibilidad de anotar una demanda y una prohibición de disponer, admitida la una y decretada la otra, en juicio de reclamación de cantidad seguido contra determinada Junta de Compensación, sobre las fincas resultantes de la aprobación definitiva del proyecto de compensación que aparecen inscritas ya a favor de personas distintas que no han sido demandadas en el procedimiento.

Segundo.—No ha de discutirse ahora si en virtud de la afección real de las fincas resultantes de la compensación al pago de los gastos inherentes al sistema de actuación seguido [cfr. art. 167.c), en relación al 157.3.º, de la Ley del Suelo vigente a la sazón] pueden o no los acreedores de la Junta de Compensación por deudas contraídas en el desempeño de su cometido obtener la anotación de la demanda y de la prohibición de disponer acordada sobre las parcelas adjudicadas.

En cualquier caso, es lo cierto que el principio constitucional de salvaguarda jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (cfr. art. 24 de la Constitución Española), y los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo (cfr. arts. 20 y 38 de la Ley Hipotecaria), suponen que, en el procedimiento correspondiente, los titulares de las fincas sobre las que se pretenden practicar las anotaciones hayan sido parte con carácter personal y directo, pues, al no ser titulares pasivos de la deuda reclamada (adviértase que la Junta de Compensación, que aparece como deudora, tiene personalidad jurídica propia —cfr. art. 158.3 de la Ley del Suelo—), no tendrían legitimación ni trámite adecuado para hacer valer sus respectivos derechos. Por lo demás, tampoco cabe invocar el poder dispositivo que como fiduciaria corresponde a la Junta de Compensación sobre las fincas de los propietarios integrados en ella (cfr. art. 159.2 de la Ley del Suelo), pues, dicho poder, encaminado al cumplimiento de los fines propios de la actuación urbanística, cesan en el momento mismo en que por la aprobación definitiva del proyecto de compensación se produce el efecto subrogatorio prevenido en la letra b) del artículo 167 de la Ley del Suelo.

Tercero.—Una vez determinada que la existencia de la afección real no subsana la improcedencia de las anotaciones solicitadas, respecto de la anotación preventiva de demanda, debe confirmarse la calificación del Registrador por ser el objeto de la misma una reclamación de cantidad que no puede entenderse comprendida entre los supuestos del artículo 42.1.º de la Ley Hipotecaria, por muy extensiva que sea su interpretación.

C) La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en la legislación de costas

La anotación preventiva de la demanda de impugnación contra la resolución aprobatoria del deslinde sobre el dominio público marítimo, por parte de los particulares afectados por dicho deslinde en defensa de sus derechos, está prevista en el artículo 13.II de la Ley de Costas, de 22 de julio de 1988:

La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso, los titulares inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial.

A su vez, el artículo 29 del Reglamento de Costas de 1989, después de reproducir el anterior precepto de la Ley, dispone en su número segundo que:

Para la rectificación de las inscripciones registrales que resulten contradictorias con el deslinde, se aplicará el siguiente procedimiento:

a) La aprobación del deslinde será título suficiente para la anotación preventiva del dominio público sobre los bienes incluidos en aquél, cuando no hubiere sido practicada conforme a lo previsto en los artículos 12.4 de la Ley de Costas y 23 de este Reglamento.

b) La práctica de dicha anotación se notificará por el Registrador de la Propiedad a los titulares inscritos que puedan resultar afectados.

c) Si en el plazo de un año desde la notificación no se produce el acceso al Registro de las anotaciones preventivas de demandas derivadas de las acciones promovidas por los titulares inscritos, la anotación del deslinde se cancelará o se convertirá en inscripción, a criterio del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, rectificándose las inscripciones existentes contradictorias con el dominio público conforme a lo previsto en la legislación hipotecaria. En otro caso se estará al resultado del juicio correspondiente.

Con esta anotación preventiva de demanda se trata de proporcionar la correspondiente publicidad registral a las acciones civiles ejercitadas sobre derechos relativos a terrenos incluidos en el dominio público deslindado; acciones que según los artículos 14 de la ley de Costas, y 30 de su Reglamento, prescriben a los cinco años, computados a partir de la fecha de la aprobación del deslinde.

No obstante, la STC (Pleno), de 4 de julio de 1991 (64), declara constitucional el artículo 13 de la Ley de Costas porque «se reconoce, de modo quizá innecesario, el derecho de los afectados por el deslinde a ejercer las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, acciones que podrán ser objeto de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad», considera que tales acciones «podrán seguirse tanto en la vía contenciosa

(64) BDJC, ref.-núm. 149/1991, y, repitiendo lo dispuesto por ésta, la STS (Sala 3.^a), de 31 de marzo de 1998 (BDLLA, Jurisprudencia).

Vid. también las RDGRN de 2 y 4 de octubre de 1996 (BDA, m. RJ 1996/7344; 7346), y de 14 de octubre de 1996 (BDA, m. RJ 1996/7352).

como en la civil, aunque sólo a estas últimas se refiere el artículo 14 (no impugnado) de la misma ley».

D) La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en la legislación de aguas

La anotación preventiva de la demanda que interpongan los titulares de los derechos inscritos afectados en defensa de sus derechos contra la resolución de aprobación del deslinde de los cauces de dominio público, está contemplada en el artículo 87 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, modificada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre (65):

1. El apeo y deslinde de los cauces de dominio público corresponde a la Administración del Estado, que los efectuará por los Organismos de cuenca, según el procedimiento que reglamentariamente se determine.

2. El deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento.

3. La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las inscripciones del Registro de la Propiedad contradictorias con el mismo, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, siempre que haya intervenido en el expediente el titular registral, conforme a la legislación hipotecaria. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso, los titulares de los derechos inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial.

2.2.2. *El acreditamiento de la situación jurídica cautelable:
La apariencia de buen derecho*

Aunque al *fumus boni iuris* o al acreditamiento de la situación jurídica cautelable, como presupuesto de la tutela cautelar, no se refiere expresamente ningún precepto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (66), ya se ha visto que el mismo incide doblemente en la necesaria

(65) El artículo único, apartado trigésimo primero, de esta última ley, dispone que el texto originario del artículo 87 pasa a ser su apartado 1, y crea los apartados 2 y 3 de dicho precepto.

(66) La existencia de *fumus boni iuris* en la pretensión del actor implica, recíprocamente, que la actuación administrativa presenta apariencias de disconformidad a Derecho, y viceversa.

Esto se observaba claramente en el artículo 124-2 del Proyecto de la LJCA, en el que se disponía que «la adopción de medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas

valoración de intereses que debe realizar el órgano jurisdiccional para decidir sobre la adopción de la medida (67):

- a) Por un lado, el hecho de que el juicio de ponderación de intereses haya de ser circunstanciado, concreto y motivado, da lugar a que el mismo se deba realizar también «en atención a los hechos relevantes para la decisión sobre la pretensión que resulten acreditados» (68).
- b) Por otra parte, por la circunstancia de que «entre los criterios atendibles para determinar el derecho o interés preferentemente merecedor de la tutela cautelar deben estar, aunque no sea con carácter exclusivo, las normas materiales y, consecuentemente, el pronóstico de cuál de los derechos o intereses en conflicto será previsiblemente tutelado» (69).

En consecuencia, se debe precisar que el legislador no considera la valoración del *fumus boni iuris* como un criterio de decisión que, de concurrir en el caso concreto, determinaría la adopción de la medida cautelar, sino como

razonables sobre la legalidad de la actuación administrativa a que se refieran, y deberá fundarse en una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto». Para RIVERO ORTEGA, R., *Medidas...*, cit., pág. 279, en la primera parte de este precepto se recibía «la doctrina del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho».

(67) Así, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 76 y 81-82.

CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela...*, cit., págs. 571 y 581-594, esp. pág. 593, pone de manifiesto que el legislador ha instaurado una concepción de la tutela cautelar basada en el *periculum in mora*, rechazando una concepción de la misma inspirada en el *fumus boni iuris*, pero se muestra crítica con tal postura, defendiendo que es necesario ponderar los tres elementos característicos de la tutela cautelar: la necesidad de ejecución del acto administrativo, el peligro de pérdida de efectividad de la tutela judicial, y las posibilidades de éxito de la demanda.

Por ello destaca que «sorprende, por ello, que el artículo 130 de la Ley, que es el precepto que define los presupuestos de la adopción de las medidas cautelares, haya omitido toda referencia al *fumus boni iuris*, porque si bien es cierto que la apariencia de buen derecho no debe ser por sí sola la causa determinante de la adopción de medidas cautelares, no lo es menos que es un criterio más, y muy importante, a tener en cuenta por el órgano judicial para fundamentar su decisión».

En la misma línea, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2045 y 2047, respectivamente, apunta que «parece evidente, sin embargo, que, pese al texto literal del artículo comentado, el órgano jurisdiccional no puede prescindir de valorar la apariencia de buen derecho» y que «es indudable que, aunque la nueva Ley tampoco alude a este requisito de las medidas cautelares, no supone que pueda prescindirse de él al decidir sobre la adopción de cualquiera de ellas. El *fumus boni iuris* es un requisito que deriva de la naturaleza de la institución y de la aplicación de los principios generales», y FALCÓN Y TELLÁ, R., *La Ley...*, cit., pág. 7, sostiene que «la apariencia de buen derecho —*fumus boni iuris*— puede y debe jugar un papel primordial a la hora de decretar la suspensión sin garantía».

(68) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 81.

(69) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 81-82.

un factor más en el juicio de valoración de intereses que debe fundamentar el sentido de la resolución sobre la medida cautelar (70).

Por ello, si en favor del actor existe un *fumus boni iuris*, ello no implica que necesariamente se deba adoptar la medida, pero, por el contrario, si a favor de aquél no concurre apariencia alguna de buen derecho, se deberá denegar la medida solicitada (71).

Por el contrario, el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, sí que se refiere expresamente al *fumus boni iuris*, al requerir para la adopción de la anotación por él prevista, la existencia de una «justificación suficiente» (72).

Esta justificación suficiente viene a ser el documento bastante al prudente arbitrio del juzgador a que se refiere el artículo 43.I LH, pero con la ventaja que no exige que dicho acreditamiento tenga que ser exclusivamente documental.

Esta amplitud de los medios de acreditamiento admisibles es importante, pues en los casos en que se ejerciten pretensiones de tipo impugnatorio, y, en concreto, las recogidas en el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, posiblemente no se podrá disponer de ningún principio de prueba por escrito, con independencia del papel que pueda desempeñar la certificación de dominio y cargas que se debe acompañar a la solicitud de anotación, según dispone el artículo 68 de la citada norma.

2.3. EL PELIGRO EN LA DEMORA. ANÁLISIS DE RIESGOS CONCRETOS

2.3.1. *El peligro en la demora*

El presupuesto del *periculum in mora* viene exigido, no expresamente, pero sí implícitamente por el artículo 129-1 LJCA, al disponer que «los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia», y por el artículo 130-1 de la misma norma, según el cual, «la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso» (73).

(70) En este sentido, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 82.

(71) Así, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 85-86.

(72) Vid., al respecto, DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Anotación...*, cit., pág. 319.

(73) Vid. CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 305; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Observaciones...*, cit., pág. 254; DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1022; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1322; RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., pág. 324, y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2061.

También en este sentido, el ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 1 de septiembre de 1999, y la STSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Admi-

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el orden procesal civil, el carácter decisivo que la valoración de los intereses en conflicto desempeña para determinar el sentido de la resolución sobre la medida cautelar, impone una concepción bilateral del peligro en la demora, ya que el artículo 130-2 LJCA impone al órgano jurisdiccional la denegación de la medida cautelar solicitada, si de ser adoptada «pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero» (74).

Es decir, siguiendo a ORTELLS RAMOS, «la ley no le da al peligro en la demora una funcionalidad unilateral —esto es, no considera sólo el riesgo que afecta a la posición jurídica del actor para disponer que la medida debe ser adoptada si el peligro en la demora concurre—, sino que atiende a su inevitable bilateralidad —es decir, el peligro en la demora también es operativo para la resolución de la medida si ese riesgo puede afectar a la posición jurídica del demandado a causa, precisamente, de haberse adoptado la medida cautelar—. El objetivo del juicio de valoración o ponderación es determinar cuál de las posiciones jurídicas ha de soportar el peligro que deriva de la demora procesal y cuál, por el contrario, ha de ser protegida frente al mismo» (75).

nistrativo), de 16 de septiembre de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 327-332).

Sin embargo, PECES MORATE, J. E., «Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias», en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial. Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Centro de Documentación Judicial-CGPJ, 1999, pág. 151, entiende que el artículo 130-1 LJCA impulsa a un examen, aunque sea sumario, de la cuestión de fondo, es decir, del *fumus boni iuris*.

(74) No obstante, siguiendo a LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 739, se debe destacar que, «dado que la concurrencia del interés general juega como una excepción a la adopción de una medida cautelar respecto a la cual el actor ha cumplido con las cargas que venía gravado, será la Administración la que sufra la carga de alegar y acreditar la concurrencia del interés general». En el mismo sentido se pronuncia CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 309, al señalar que deberá ser la Administración Pública quien deba demostrar la «concurrencia específica y concreta de un interés general que pueda verse afectado por la adopción de la medida» o de un interés de los terceros que puedan resultar afectados por dicha adopción.

OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 372, sostiene una concepción unilateral del *periculum in mora* centrado en la posición de las partes demandadas, al considerar que «el peligro en la demora viene recogido en el artículo 130.2 de la LJ», y que «se ha invertido el sentido que venía manteniendo en la LJ derogada en el cual los daños o perjuicios se tenían que predicar de la actuación administrativa».

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Observaciones...*, cit., págs. 257-258, critica que se puede denegar una medida cautelar cuando de la misma se pueda derivar una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, salvo que esos intereses se refieran a derechos fundamentales de un tercero o que estén protegidos específicamente por la concreta actuación de la Administración de que se trate, ya que en el otro lado está en juego el derecho a la tutela cautelar y, en consecuencia, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

(75) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 83.

Desde la óptica de los intereses del actor, los riesgos que trata de conjurar la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo son de dos clases (76):

- a) Riesgos que amenazan la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica. Por ejemplo, en los procesos de reversión de expropiaciones, cuando el expropiado solicita la reversión de los bienes expropiados por la desaparición sobrevenida de la causa de expropiación, ya que la transmisión de los bienes inmuebles implicados durante el proceso podría atentar contra la ejecución específica de la sentencia frente a terceros adquirentes de buena fe.
- b) Riesgos que atentan contra la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia. Es el caso de los procesos en que se ejercita una pretensión declarativa, solicitándose la anulación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias, y determinadas consecuencias derivadas de la anulación del acto o disposición (art. 31 LJCA), en los que la eventual sentencia estimatoria podría resultar inútil porque, durante la tramitación del proceso, se hayan transmitido los bienes inmuebles afectados a terceros de buena fe.

Desde la perspectiva contraria, para determinar los riesgos que atenten contra la efectividad de la eventual sentencia desestimatoria, se deberá analizar si la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo causa una «perturbación grave de los intereses generales o de tercero» (art. 130-2 LJCA), y, en concreto, si la adopción de esta medida cautelar impide que sea posible la ejecución del acto o la aplicación de la disposición objeto de la impugnación cuando sea desestimada la demanda, y produce una insatisfacción de los intereses generales durante la pendencia del proceso (77).

Como se ha visto con anterioridad, la anotación preventiva cautelar no produce dichos efectos, por lo que difícilmente causará «una perturbación grave de los intereses generales o de tercero».

Por lo general y salvo excepciones —como, por ejemplo, con la anotación preventiva cautelar— (78), no bastará con que el demandante alegue simple-

(76) ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 30, pone de manifiesto que «si no se hubiere tomado la anotación, lo que podría ocurrir, lo mismo que en el puro ámbito del proceso civil, es que, en el plazo que media desde la iniciación del procedimiento hasta la fecha de la presentación en el Registro del testimonio del fallo, hubiese surgido un tercero protegido, cuya inscripción impida la de la resolución judicial, por aplicación de los principios de fe pública, tracto sucesivo o prioridad registral».

(77) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 84.

(78) En este caso entiendo que bastará con alegar simplemente que la no adopción de la medida puede dar lugar, con relativa facilidad y automaticidad, a la aplicación del

mente que la no adopción de la medida cautelar puede hacer que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición haga perder al recurso su finalidad legítima, sino que deberá acreditar ese *periculum in mora* para que el órgano jurisdiccional adopte la medida cautelar (79).

Por su parte, la parte demandada también deberá acreditar que con la adopción de la medida cautelar solicitada pueda seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero (80).

El presupuesto del *periculum in mora* no se exige de una manera expresa por el Real Decreto 1093/1997 para la anotación preventiva de demanda, pues forma parte de la *ratio iuris* de las normas que establecen este tipo de medidas cautelares registrales (81).

Se debe destacar que aunque en algunos de los procesos contencioso-administrativos en los que se podría adoptar la anotación preventiva del recurso o de la demanda no se correría el riesgo de actualización del *periculum in mora*, pues el vigente artículo 65 de la Ley del Patrimonio del Estado prohíbe a éste promover la venta de bienes litigiosos, «podría suceder que se infringiera dicha disposición y cristalizara la imposibilidad de ejercitar el derecho de reversión o de reivindicar los bienes a terceros adquirentes de buena fe, fenómeno éste que quedaría totalmente limitado si se adoptara cautelarmente la anotación preventiva del recurso, impidiendo así el nacimiento de la buena fe registral» (82).

2.3.2. Riesgos concretos

ORTELLS RAMOS, al referirse a la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la interposición de un recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de los instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias, ha destacado que «tal vez las anotaciones preventivas del recurso contencioso-administrativo pudieran tener una aplicación más amplia. Pero en todo caso también sería oportuno explorar las diferencias, en orden a la clase de riesgo de ineffectividad de sentencias que tales medidas

principio de fe pública registral y a la protección de los derechos adquiridos por los terceros de buena fe. Véase, al respecto, MARTÍN PASTOR, J., *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, 2001, págs. 176-179.

(79) Vid. GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit. pág. 1043, y DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1027.

(80) Vid. DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1027.

(81) Vid. MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 176 y sigs.

(82) GARBERÍ LLOBREGAT, J., en AA.VV., *Derecho procesal administrativo*, Valencia, Bosch, 1993, pág. 695.

contrarrestan, que suponen, frente al régimen de transmisión y gravamen de bienes por particulares, el conjunto de normas de garantía que rodean la administración y disposición de bienes de las Administraciones Públicas».

Al estudiar la situación jurídica cautelable se han apuntado determinadas situaciones respecto de las cuales podría ser útil la anotación preventiva del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo o de la demanda correspondiente y se han expuesto otras situaciones respecto de las cuales la ley prevé expresamente dicha anotación preventiva.

Se trata de analizar ahora si, en determinados casos concretos, tales anotaciones contrarrestan un real riesgo de ineffectividad de la eventual sentencia estimatoria —en cuyo caso merecerían la calificación de medidas cautelares— o no neutralizan un riesgo de ese tipo, al no existir el mismo —en cuyo caso sólo cabría calificarlas de anotaciones preventivas de publicidad-noticia o de mera publicidad—.

2.3.2.1. En los procesos de reversión de expropiaciones,
cuando el sujeto expropiado solicita la reversión de los bienes
expropiados por la desaparición sobrevenida de la causa
de expropiación

Se trata de determinar si la transmisión de los bienes inmuebles expropiados durante la tramitación del proceso por reversión podría atentar contra la efectividad de la eventual sentencia estimatoria frente a los terceros adquirentes. Para ello se debe resolver previamente la siguiente pregunta: ¿qué ocurre respecto de los terceros hipotecarios que adquieren parcelas resultantes de una expropiación cuando se declara el derecho del sujeto expropiado a la reversión del bien expropiado?

Parte de la doctrina ha puesto de manifiesto que, de acuerdo con el artículo 69 del Reglamento de Expropiación Forzosa (REF), quedarían afectados por la reversión dichos adquirentes (83).

En concreto, en el artículo 69 REF, se dispone que:

1. Cuando se dé alguna de las causas legitimadoras de la reversión, procederá ésta, aun cuando los bienes o derechos hayan pasado a poder de terceros

(83) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 85, y LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., págs. 249-250. El primero de los autores citados recoge distintos supuestos en los que la no adopción de la medida cautelar no haría perder al recurso su finalidad legítima, y, entre otros ejemplos, señala el caso de «reversión de un bien expropiado actualmente integrado en el dominio público, en cuanto el régimen de protección del dominio público impedirá la transmisión a tercero con el carácter de irreivindicable». El segundo sostiene que conforme al mencionado precepto, los terceros adquirentes posteriores quedarían afectados por la reversión.

adquirentes por la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho de repetición de los mismos contra quien proceda por los daños y perjuicios ocasionados.

2. En todo caso, los terceros adquirentes tendrán derecho a ser oídos en el expediente de reversión para aportar los datos y alegaciones que consideren oportunos en contra de la misma.

No obstante, no comparto plenamente la opinión de dicha doctrina en relación con la reversión de la expropiación y la protección de los terceros adquirentes.

Es cierto que el Reglamento de Expropiación Forzosa contempla en su artículo 69-1 una reserva autenticada, que se justifica por el hecho de que la propia naturaleza del asiento de la expropiación testimonia la eventual existencia de la reversión (84). Sin embargo, considero que se deben tener en cuenta estas precisiones:

- a) A mi parecer, el artículo 69-1 REF, que tiene carácter reglamentario, no puede prevalecer sobre una norma de rango legal que establece la protección de los terceros adquirentes de buena fe que hayan inscrito su derecho (art. 34 LH), y de ahí la utilidad de la anotación preventiva del correspondiente recurso contencioso-administrativo para que la eventual sentencia estimatoria les pueda ser oponible.
- b) Refiriéndose a la medida cautelar de anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo por reversión de la expropiación, LASO MARTÍNEZ señala que aun con la justificación anterior «no quedarían cubiertos los efectos procesales que facilita la anotación que por dar noticia inmediata del proceso en marcha da idea plena también de que no se está ante una eventual claudicación del derecho inscrito, sino ante una efectiva pretensión en curso. Esto es, aun cuando la causa de la adquisición por expropiación es oponible a terceros si el título del que tiene su origen es la expropiación, esta oponibilidad no es bastante para la eventual cancelación del asiento del tercer adquirente, porque el proceso tiene que haberse seguido contra él, o dándole audiencia, y sólo si esto se acredita la sentencia sería inscribible y aún más cancelables los asientos intermedios contradictorios, según el artículo 198 del Reglamento Hipotecario» (85).

(84) Así, LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 76, quien apunta que «la oponibilidad a terceros de las acciones resolutorias puede surgir de que la causa esté anunciada en el propio régimen jurídico de la titularidad inscrita, cuando resulta embebida en el asiento, según una terminología clásica hipotecaria».

(85) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 76.

Por mi parte, tampoco puedo compartir la solución de este autor, pues entiendo que la mencionada anotación preventiva no es necesaria por simples razones de economía procesal —para evitar un nuevo proceso contra el tercer adquirente—, sino para que el resultado del proceso relativo a la reversión de la expropiación pueda ser oponible a dicho tercer adquirente (86).

La jurisprudencia no se ha pronunciado uniformemente acerca de la preferente aplicación o no del artículo 34 LH sobre el artículo 69-1 REF.

Es cierto que la jurisprudencia más antigua que se ha podido encontrar sobre la cuestión se muestra partidaria de proteger al sujeto con derecho a la reversión del bien expropiado sobre el tercer adquirente. Así, la STS (Sala 3.^a), de 21 de diciembre de 1979 (87):

Considerando.—Que la representación de «Construcciones Escolares, S. A.» que comparece en autos en concepto de coadyuvante de la Administración, abunda en las mismas alegaciones del Abogado del Estado que se recogen y desestiman en los anteriores Considerandos, añadiendo otra sobre la protección registral de los terceros adquirentes conforme a lo dispuesto en los artículos 34 y 37 de la LH, lo cual, según su parecer, constituye un evidente obstáculo a la eventual efectividad de la revisión declarada por la sentencia de primera instancia; punto éste también tratado y con acierto por ésta, declarando que la

(86) AVILA NAVARRO, P., *Comentarios...*, cit., págs. 72-73, se muestra partidario de permitir al propietario expropiado la obtención de la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, sobre la finca inscrita a nombre de la Administración expropiante, para garantizar así, frente a tercero, el resultado del recurso.

También admiten esta anotación preventiva DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1017, nota 58 *in fine*, y 1022, nota 73, respectivamente, al escribir que «esta medida evitaría imposibilidades materiales y jurídicas de ejecución de sentencias, como las que suscita la reversión de los bienes expropiados que han sido adquiridos por terceros de buena fe que inscriben su derecho en el Registro», y que sin la misma se corre el peligro de que «la estimación de una pretensión declarativa de derechos —derecho a la reversión de bienes expropiados— no pudiera ejecutarse ante la existencia de terceros adquirentes de buena fe que hubieran inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad».

El ATS (Sala 3.^a), de 24 de septiembre de 1999 (BDA, m. RJ 1999/7510), inadmitió un recurso de casación en el que se impugnaba un auto en el que se denegaba la adopción de la anotación preventiva de un recurso contencioso-administrativo contra una resolución de un Ayuntamiento desestimatoria de la pretensión de reversión de unos terrenos cedidos gratuitamente para la implantación de una plaza, como consecuencia de la modificación del planeamiento y posterior enajenación a una compañía mercantil, pero porque con arreglo a la normativa procesal en ese momento vigente no cabía recurso de casación en materia de medida cautelar de anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo.

(87) BDA, m. RJ 1979/4463. En cualquier caso, la jurisprudencia siempre ha entendido que en el expediente de reversión deben ser oídos los terceros adquirentes para aportar los datos y formular las alegaciones que consideren oportunos en contra de la misma. Así, la STS (Sala 5.^a), de 14 de noviembre de 1964 (RJA, m. 1964/5043), y la STS (Sala 3.^a), de 26 de marzo de 1981 (BDA, m. RJ 1981/986), que estimaron sendos recursos de casación por infracción del artículo 69-2 REF.

circunstancia de que los bienes afectados por la reversión hayan pasado a poder de terceros no constituye tal obstáculo, tanto porque según el artículo 33 de la citada LH, la inscripción en el Registro de la Propiedad no purga de defectos ni convalida actos nulos, cuanto porque el artículo 69 del Reglamento de la L. Ex. For., con carácter cualificadamente especial dispone que procederá la reversión por consecuencia de las causas legitimadoras de ella aun cuando los bienes o derechos hayan pasado a poder de terceros adquirentes por la presunción del artículo 34 de la citada LH, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien proceda por los daños y perjuicios ocasionados.

A mi juicio, esta resolución es doblemente criticable: no sólo porque aplica un precepto reglamentario en contra de lo dispuesto por un precepto legal, sino porque desconoce el artículo 33 LH. Este precepto es de aplicación cuando es nulo el negocio jurídico entre el transmitente y tercer adquirente que inscribe. Pero en el caso contemplado el negocio entre el sujeto expropiante y el tercer adquirente es perfectamente válido, estando únicamente viciada de nulidad la expropiación.

En la misma línea se pronunció, desconociendo de nuevo el principio de jerarquía normativa, la STS (Sala 3.^a), de 3 de mayo de 1990 (88):

Cuarto.—(...) y, en fin, que la reversión, según el artículo 69, procede cuando se den las causas legitimadoras de aquella, cual aquí ocurre, aunque los bienes hayan pasado a terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral, sin perjuicio del derecho de repetición de los mismos contra quien proceda, advirtiendo que los titulares actuales fueron oídos en el expediente tramitado.

Quinto.—Por mor de todo lo expuesto y toda vez que no reputamos necesario en el proceso el emplazamiento de la Comunidad Autónoma de Andalucía, pues la relación expropiación-reversión afecta exclusivamente al Ayuntamiento expropiante, aunque aquella sea titular actual de los terrenos a la que sería aplicable, como tercer adquirente, cuanto hemos consignado en el apartado anterior *in fine*, en el que también señalamos que fue oída en el expediente, en virtud de lo argumentado, decimos, deviene obligada la desestimación del recurso que decidimos y la confirmación de la sentencia apelada, aunque no son de apreciar méritos especiales para hacer pronunciamiento expreso sobre costas.

En términos similares se manifestó la STS (Sala 3.^a), de 5 de febrero de 1991 (89):

Tercero.—(...) pero es que, además, no podemos dejar de ponderar que la reversión, como institución que deja sin efecto la anterior expropiación, produce exclusivamente efectos entre la Administración expropiante y el particular expropiado, que son en verdad las partes de la relación jurídica subyacente y

(88) BDA, m. RJ 1990/3770.

(89) BDA, m. RJ 1991/721.

que, en nuestro derecho positivo, el artículo 69 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa declara procedente la reversión, incluso en el supuesto de que los bienes hubieran pasado a poder de terceros adquirentes por la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien proceda, y si esto es así, si procede la reversión no obstante existir terceros hipotecarios, con mayor razón habrá de darse lugar a ella cuando los bienes expropiados son parcialmente ocupados a precario merced a relaciones ajenas a la relación jurídica que integran la expropiación-reversión, de lo cual resulta que tales poseedores son extraños y no existe ni tan siquiera necesidad de que sean oídos en el expediente, audiencia prevista en el artículo 69.2 para los terceros adquirentes, en razón de que la propia naturaleza de la ocupación les veda aquella audiencia. En definitiva y en resumen, ni se ha causado la indefensión esgrimida, ni se ha quebrantado el derecho constitucionalmente reconocido a la tutela efectiva, vistos la posición del Obispado respecto que los terrenos expropiados y la propia conducta observada, falta de toda diligencia para la defensa en su caso, de sus derechos.

Estas dos últimas sentencias apoyan la segunda de mis críticas a la primera resolución citada, pues, al menos, ponen de manifiesto que la relación expropiación-reversión afecta únicamente al sujeto expropiado y a la entidad expropiante, y no al tercer adquirente, de donde se deduce que no cabe aplicar al supuesto el artículo 33 LH.

Sin embargo, es significativo que la jurisprudencia posterior ha resuelto la concreta controversia planteada pero, pudiendo haberlo hecho, no se ha pronunciado claramente sobre la cuestión que nos ocupa:

Así el ATS (Sala 3.^a), de 6 de abril de 1992 (90):

Cuarto.—La sociedad recurrente invoca como cuarto motivo del recurso el hecho de que, habiendo formulado su solicitud de reversión el 27-12-1978, la permuta de la parcela cuya reversión se pedía no se acordó por el Excmo. Ayuntamiento de Barcelona hasta el año 1980, por lo que se estima que tal permuta es radicalmente nula, por cuanto tuvo una causa ilícita, por aplicación del artículo 1.275 del Código Civil. Frente a este argumento ha de significarse que para que la causa ilícita pudiese actuar, viciando el contrato, sería necesario que fuese conocida de quienes adquirieron la parcela objeto de la litis en virtud de la permuta y, en este sentido, falta cualquier elemento de prueba que permita acreditar, siquiera sea por simples indicios, que se cumplió este requisito. La cuestión se centra entonces en determinar si la adquisición de la parcela objeto de la reversión por un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es o no causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia de 20-5-1985. El artículo 69.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa de 26-4-1957, establece que la reversión es procedente aun cuando los bienes o derechos hayan pasado a poder de terceros adquirentes por la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho de repetición de los

(90) BDA, m. RJ 1992/2630.

mismos contra quien proceda por los daños y perjuicios ocasionados, añadiendo el apartado 2 que, en todo caso, los terceros adquirentes tendrán derecho a ser oídos en el expediente de reversión para aportar los datos y alegaciones que consideren oportunos en contra de la misma. Ahora bien, este precepto, que tiene carácter reglamentario, no puede prevalecer absolutamente sobre lo prevenido en el artículo 107 de la Ley Jurisdiccional, que parte del principio de que no podrá suspenderse ni declararse inejecutable una sentencia por causas de imposibilidad material o legal de ejecutarla, pero a continuación reconoce que este caso puede llegar a presentarse, facultando al Tribunal para que, con audiencia de las partes, acuerde la forma de llevar a efecto el fallo. La Sala entiende que en el supuesto que ahora se somete a su consideración debe tomarse como circunstancia relevante el hecho de la pequeña extensión superficial de la parcela objeto de la litis, que es sólo de 9,20 m², lo que impone que deba calificarse como inedificable y únicamente susceptible de aprovechamiento urbanístico agregándola a una finca colindante, lo que determinó que el Excmo. Ayuntamiento de Barcelona acordase su permuta en 22-12-1980. Es cierto que tal operación se llevó a cabo después de que la sociedad recurrente hubiera solicitado la reversión, pero también lo es que la resolución autorizando la permuta se adoptó antes de que se hubiese resuelto la procedencia de la reversión, lo que únicamente tuvo lugar en virtud de la sentencia de 20-5-1985, y aun antes de que se hubiese promovido el recurso contencioso-administrativo correspondiente. En suma, la aludida extensión mínima de la parcela conduce a entender que ello obligó a su permuta, lo que trae como consecuencia que nos encontremos ante el supuesto, verdaderamente excepcional, de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia de 20-5-1985, conforme al artículo 107 de la Ley Jurisdiccional, lo que a su vez determina la procedencia de desestimar este motivo del recurso.

No obstante, de este auto se deben reseñar que: a) Destaca que un precepto reglamentario no puede prevalecer absolutamente —a mi juicio, lo de absolutamente sobra— sobre lo dispuesto por un precepto legal. b) Considera que el negocio jurídico entre la entidad expropiante y el tercer adquirente no es nulo, aun teniendo una causa ilícita, pues para ello sería necesario que ésta fuese conocida por el tercer adquirente y faltan elementos probatorios que permitan acreditar, aun por simples indicios, que tuvo ese conocimiento. A mi juicio, es aquí donde juega la utilidad de la anotación preventiva del proceso por reversión.

Respecto de este auto, lo que no entiendo muy bien es por qué considera preferentemente aplicable el antiguo artículo 107 LJCA de 1956 sobre el artículo 69 REF, aduciendo el carácter reglamentario de este último, y no sigue el mismo razonamiento en relación el artículo 34 LH.

Tampoco la STS (Sala 3.^a), de 12 de febrero de 1996 (91), aclara la contradicción existente entre los artículos 34 LH y 69-1 REF:

(91) BDA, m. RJ 1996/1070.

Cuarto.—Se alega como tercer motivo de casación (art. 95.1.4.º) la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y del artículo 69 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, en cuanto el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida entiende que la reversión *in natura* es imposible por la existencia de terceros registrales amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, siendo así que el artículo 69.1 del Reglamento, de 26 abril de 1957, prescribe que procederá la reversión aun cuando los bienes hayan pasado a poder de terceros adquirentes protegidos por el citado artículo 34, y añadiendo que, además, el apartado 2 del artículo 69 del texto reglamentario establece el derecho de los terceros adquirentes de ser oídos en el expediente de reversión, precepto que la sentencia combatida no ha tomado en cuenta. Efectivamente, la sentencia de 28 diciembre 1992 señala que el hecho de haberse vendido los terrenos a terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria implica que la reversión *in natura* de los bienes es imposible. Con ello, en nada contradice el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero en cambio no tiene presente lo dispuesto en el artículo 69.1 del Reglamento expropiatorio. Ahora bien, el hecho decimosegundo del escrito de demanda no solamente indica que existen terceros adquirentes, sino que expresa claramente, sin que tal afirmación haya quedado desvirtuada o haya sido negada por la contraparte, que en el Area Residencial A, objeto de la reversión, se había iniciado la construcción de las viviendas, las cuales se encontraban en la fecha de la demanda (8 de noviembre de 1991) «totalmente acabadas». Es evidente que ello hace imposible la devolución de los terrenos sobre los que tales viviendas han sido edificadas, por lo que la sentencia de instancia ha aplicado acertadamente el artículo 66.2 del Reglamento de 1957, ordenando sustituir la reversión *in natura* por la indemnización de daños y perjuicios, con la consecuencia de que el motivo casacional no puede prosperar, porque la solución a que llegaríamos sería la misma que establece la sentencia impugnada, no teniendo virtualidad aquellos motivos de casación que, aun justificando un razonamiento desacertado de la resolución que se recurre, no pueden incidir en el resultado final a que dicha resolución conduce. Tampoco podemos estimar que exista infracción del apartado segundo del repetido artículo 69, puesto que, sustituyéndose la devolución de los terrenos expropiados por una indemnización de daños y perjuicios, los terceros adquirentes de los terrenos o de las viviendas en nada quedan afectados por el litigio ni por el fallo que se pronuncie. Procede, pues, desestimar el motivo de casación.

Por su parte, la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de abril de 1999 (92), considera procedente «reconocer al actor su derecho a obtener la reversión de la parcela que reclama, abonando a la Administración su justo precio, de conformidad con los criterios que al respecto se establecen en el artículo 54 LEF, y normativa concordante, sin que pueda esta jurisdicción hacer pronunciamientos relativos a la nulidad de títulos de adquisición del dominio por parte de terceros, que competen a la Jurisdicción Civil».

(92) BDA, m. RJCA 1999/4180.

Por último señalar que la STS (Sala 3.^a), de 25 de mayo de 1999 (93), en un supuesto en el que se interpusieron dos recursos de casación contra la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Málaga), de 30 de noviembre de 1994 —que declaró el derecho a la reversión del sobrante de la parcela expropiada y rechazó hacer el pronunciamiento solicitado de nulidad de la escritura de venta de ese sobrante entre el sujeto beneficiario de la expropiación y un tercero, argumentando que la declaración de nulidad no alcanzaba la competencia de la Sala ni siquiera por vía prejudicial, pues eran muchos los problemas planteados y no podía procederse a la anulación de un contrato privado, por lo que de no ser posible la reversión se procedería a la indemnización de los daños y perjuicios—, ha estimado el recurso de casación interpuesto por el sujeto beneficiario de la expropiación y ha resuelto que el derecho de reversión ha sido reconocido indebidamente en la sentencia impugnada y que no procede la restitución *in natura* de la parcela sobrante, pues dicho derecho no procede por no ser dicha parcela susceptible de aprovechamiento urbanístico independiente.

2.3.2.2. En los procesos de impugnación de los actos de aprobación de licencias

Se trata ahora de analizar si la transmisión de bienes durante la tramitación del proceso en el que se impugna un acto de aprobación de una licencia urbanística podría atentar contra la efectividad de la eventual sentencia estimatoria. Para ello se debe resolver previamente la siguiente pregunta: ¿qué sucede respecto de los terceros hipotecarios que adquieren bienes inscritos con todos los requisitos exigidos por el artículo 37 TRLRSOU, cuando se declara ilegal la licencia municipal de edificación?

El artículo 37 TRLRSOU, tratando de coordinar el Registro de la Propiedad con el urbanismo, requiere para la inscripción de las declaraciones de obra nueva que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia municipal de edificación y la expedición por el técnico competente de la certificación oportuna. De esta forma, si la licencia y la certificación son correctas, se podrá inscribir en el Registro la declaración de obra nueva con la expresión registral de que la edificación se ha realizado conforme al proyecto para el que se concedió la licencia.

Partiendo del precepto señalado, y siguiendo a GARCÍA GARCÍA, «*cuando el tercero hipotecario realiza una adquisición, apoyándose no sólo en una inscripción registral, sino además en una licencia municipal de edificación o de parcelación que, con posterioridad, es declarada ilegal, sin constar*

(93) BDA, m. RJ 1999/5076.

anotada ni inscrita la declaración de nulidad de dicha licencia», «dado el supuesto de *nulidad* que se plantea en este caso y la *confianza del tercero hipotecario* no sólo en la apariencia de legalidad que resulta de los asientos del Registro, sino también en la apariencia de legalidad de los actos administrativos, habría base para defender en este supuesto especial la protección del tercero hipotecario del artículo 34 LH, frente a la nulidad de la licencia, enfocando la cuestión no como el mantenimiento de una edificación ilegal a ultranza, sino sobre la base de necesidad de indemnizar al tercero hipotecario, si se pretende demoler su edificación» (94).

El problema se plantea como resultado de la comparación de los artículos 40 y 41 TRLRSOU. Mientras el primer precepto señalado contempla el supuesto de licencia ilegal, el segundo se encarga del de la licencia que ha dado lugar a un exceso de aprovechamiento pero que es conforme con la ordenación urbanística.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 41 TRLRSOU, el tercero del artículo 34 LH queda indemne y protegido frente a una licencia que sea declarada con exceso de aprovechamiento, aun siendo conforme con la ordenación urbanística. Pero el artículo 40 de la misma norma guarda silencio en el supuesto de licencia ilegal respecto de los terceros de buena fe amparados por la protección registral.

En el supuesto de que sea declarada ilegal la licencia, el propietario del terreno que obtuvo la licencia no es tercero protegido y, por consiguiente, por aplicación del artículo 40-1 TRLRSOU, «la edificación realizada al amparo de licencia, posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable, no queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno» (95).

(94) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario (El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad)*, II, Madrid, Civitas, 1993, págs. 216-218, esp. pág. 216.

GÓMEZ GALLIGO, F. J., *Práctica...*, cit., págs. 64-65, recoge un supuesto práctico en el que se practicó la anotación preventiva de una sentencia firme que declaraba la nulidad de una licencia urbanística, pero sólo en relación con los propietarios que habían intervenido en el proceso. Como señala dicho autor, «efectivamente, respecto a los terceros que no han intervenido en el juicio no cabe constancia de anotación preventiva, pues han sido ajenos a la declaración de nulidad. Pero respecto a los que han intervenido, la constancia de tal extremo es importante para evitar que surjan nuevos terceros adquirentes protegidos por el artículo 34 LH, pues, caso de que el Ayuntamiento inste la correspondiente expropiación forzosa del edificio por razones urbanísticas, la indemnización será diferente según el piso haya o no ingresado en el patrimonio del propietario a efectos urbanísticos, pues, en cuanto a los que han intervenido en el proceso y sucesivos adquirentes en que conste la anotación, la indemnización no comprenderá la parte correspondiente a la edificación. Y lo mismo si se insta un expediente de demolición».

(95) Como señala LASO MARTÍNEZ, J. L., «La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo, de 25

Pero, ¿qué pasa con los terceros adquirentes? En este caso, dos órdenes jurídicos entran en contradicción: «el orden registral, fundado en el principio de seguridad jurídica, exige la protección del tercero y sacrifica a veces derechos patrimoniales legítimos si se dan las condiciones de protección; el orden administrativo y urbanístico exige, en materia de disciplina urbanística, la defensa a ultranza de la legalidad basada, además, en la autotutela de la Administración para su restablecimiento» (96).

El comentado silencio del artículo 40 TRLRSOU —sobre todo si se tiene en cuenta, *a sensu contrario*, la previsión expresa contenida en el precepto siguiente para la protección de los terceros— ha dado pie para que una parte de la doctrina defienda la tesis de que los terceros hipotecarios han de quedar afectados por la declaración de ilegalidad de una licencia, aunque no resulte del Registro, es decir, aunque no se haya anotado el proceso de impugnación correspondiente o inscrito la declaración de nulidad de la licencia. LASO MARTÍNEZ, aun con dudas y aportación de argumentos en sentido contrario, es un claro exponente de esta doctrina, que se resume en los siguientes argumentos (97):

- a) «A favor de su vinculación por la nulidad está el argumento de que la inscripción supondría la quiebra de la legalidad, haciendo que actos ilícitos perdurasen por el mero hecho de haberse conseguido la inscripción, ya que tanto los principios de igualdad como de seguridad jurídica lo son de acuerdo con la ley, pero no frente a ella. A su vez, que del texto de 1990 no se deduce la derogación de la subrogación legal del artículo 88. Por fin, los artículos 27 y 28 de la nueva Ley —los arts. 40 y 41 TRLRSOU— (98): el primero, porque declara que "no queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno" la edificación realizada al amparo de licencia "posteriormente declarada ilegal", y el segundo, porque deja sólo indemne al tercero hipotecario en el caso de edificaciones amparadas en licencia conforme con la ordenación urbanística, pero que excede "de la correspondiente al aprovechamiento urbanístico a que tiene derecho su titular"».
- b) «Quizá por ello la contradicción es más aparente que formal, ya que la prevalencia de los efectos del Registro, en aras del principio de seguridad jurídica, se hace en relación con conflictos de derecho

de julio de 1990», en *RCDI*, noviembre-diciembre, 1990, núm. 601, pág. 543, «es evidente que, de no existir terceros, por estar únicamente inscrita la obra nueva a favor de quien la hizo, respecto a él, conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, la inscripción no convalida el acto nulo, sin perjuicio de las responsabilidades que frente a él se contraigan por la anulación».

(96) LASO MARTÍNEZ, J. L., *La inscripción...*, cit., pág. 544.

(97) LASO MARTÍNEZ, J. L., *La inscripción...*, cit., págs. 543-545.

(98) La inserción de los guiones es mía.

de contenido patrimonial paralelo. Tal sería el caso, incluso en la relación con la Administración, en el supuesto de embargos por débitos fiscales no anotados frente al tercer adquirente posterior. Pero no existe igual simetría cuando, de un lado, está un interés patrimonial de conservar un bien y, en el otro, un pronunciamiento judicial o administrativo del que resulta que tal bien es ilícito y contrario al principio de legalidad. El orden público parece demandar, en tales casos, que prevalezca la legalidad material, incluso frente a terceros, sin perjuicio de que éste tenga derecho a ser compensado por la ruptura de la apariencia de legalidad resultante de la licencia indebida e incluso de la negligencia de la Administración, al menos, que pudiendo utilizar las medidas cautelares de aviso a los terceros no lo hizo».

Por el contrario, GARCÍA GARCÍA expone diversas razones a favor de la protección de los terceros adquirentes (99):

- a) Ante todo, «el artículo 40 se refiere exclusivamente al *propietario del terreno*, que es "parte" respecto a la licencia ilegal concedida. En cambio, *los adquirentes de ese propietario son terceros a los que no se refiere el artículo 40 del Texto refundido, sino en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, que es de general aplicación en estos casos».
- b) En segundo lugar, «tanto el artículo 40.1, al aludir a que la "resolución administrativa o judicial que contenga dicha declaración se notificará al Registro de la Propiedad *para su debida constancia* ", como el artículo 307 en sus números 6 y 7, al prever como actos inscribibles la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de licencias y las sentencias firmes en que se declare la anulación de las mismas, significan, si es que han de tener algún sentido, que han de sujetarse a los efectos previstos en la legislación hipotecaria. Y así resulta, efectivamente, del artículo 309 del propio Texto refundido, pues, a diferencia de las *notas marginales*, a las que se *asigna el mero efecto de dar a conocer la situación urbanística de las fincas, las inscripciones y anotaciones preventivas siguen las reglas y efectos ordinarios al no hacerse ninguna salvedad*».
- c) En tercer lugar, «*el silencio del artículo 40, en relación con los terceros del artículo 34 LH, debe llenarse a través de otros preceptos, que son:*

(99) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (II), cit., págs. 451-455, esp. págs. 454-455. Algunos de estos argumentos ya habían sido apuntados por el propio LASO MARTÍNEZ, J. L., *La inscripción...*, cit., pág. 544.

- *El propio artículo 34 LH*, que es el precepto específico sobre esta cuestión, y del que resulta la plena protección a los terceros cuando en el Registro no conste la causa de la nulidad que se decreta. Precisamente, la forma de hacer constar la nulidad es a través de la anotación de la interposición del recurso contencioso-administrativo o de la inscripción de la resolución administrativa o judicial que declare la nulidad de la licencia (arts. 40.1 y 307, núms. 6 y 7).
- *También está el importantísimo artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo*, que dice: «Las facultades de anulación y revocación no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias, *su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes*». En el presente caso, nos parece bastante claro que la anulación de la licencia en perjuicio de terceros *va en contra de una «ley»*, la Ley Hipotecaria, que *protege el derecho de esos terceros*. Y además, *va en contra de la equidad*, pues dichos adquirentes de buena fe no tienen ninguna culpa de la ilegalidad de la licencia, y sería poco equitativa la demolición y desalojo del edificio en perjuicio de ellos.
- Por otra parte, si cuando la Administración urbanística no ejerce las medidas de protección de la legalidad urbanística en el plazo de cuatro años, ya no cabe, *en general*, la demolición de lo edificado, el caso ahora planteado *es más grave que el del transcurso de los cuatro años, pues hay terceros de buena fe, y encima con una doble situación de negligencia*: al concederse una licencia ilegal, y al no inscribirse o anotarse el acto de anulación de tal licencia o la pretensión de tal anulación.
- En fin, *el artículo 41 del Texto refundido*, transcrito anteriormente, aunque hemos visto que se refiere a un *distinto supuesto*, es más bien *un argumento de analogía* en relación con el caso del artículo 40, *en lo que se refiere a terceros*, pues en cuanto a la protección de éstos, existe la misma ratio en uno y otro caso».

Para concluir, GARCÍA GARCÍA entiende que «la supuesta contradicción entre el orden registral, fundado en el principio de seguridad jurídica, y el orden administrativo de disciplina urbanística, que señala LASO, ha de resolverse en consecuencia sobre las siguientes bases:

- *Protección al tercero hipotecario* como titular *a non domino* de bienes que han ingresado en su patrimonio conforme al artículo 34 LH, aunque no hayan ingresado, a efectos urbanísticos, en el patrimonio de su

transmitente, el propietario del terreno, pues ése es el supuesto del citado artículo 34.

- *Posibilidad de que la Administración urbanística restablezca la legalidad infringida, pero a través de un expediente de expropiación forzosa o de demolición en que no se prescinda de los valores del inmueble adquirido por el tercero en la realidad*, sin perjuicio de que dicha Administración pueda ejercitar al mismo tiempo una acción personal de reclamación dineraria contra el vendedor de los pisos, antiguo propietario del terreno, por no ser tercero, exigiéndole la cantidad que exceda de la que la Administración hubiera tenido que pagar por existir tales terceros. Y ello por analogía con el supuesto del artículo 41 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y por aplicación de la normativa del enriquecimiento injusto, atendiendo a que el propietario ha vendido un bien que en parte —en cuanto a la edificación— no había ingresado en su patrimonio (art. 40.1)».

Personalmente, me muestro partidario de la protección del adquirente en cuanto tercero hipotecario, y de ahí la utilidad, como medida cautelar (100), de la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo de impugnación de los actos de aprobación de licencias, para que la eventual sentencia estimatoria afecte también a dichos terceros.

2.3.2.3. En los procesos de impugnación contra la resolución aprobatoria del deslinde sobre el dominio público marítimo-terrestre

La anotación preventiva de la demanda de impugnación contra la resolución aprobatoria del deslinde sobre el dominio público marítimo-terrestre, por parte de los particulares afectados por dicho deslinde en defensa de sus derechos, está prevista en el artículo 13.II de la Ley de Costas, de 28 de julio de 1988.

(100) En contra, LASO MARTÍNEZ, J. L., *La inscripción...*, cit., pág. 545, quien no considera esta anotación una medida cautelar, pero entiende que la misma cumple una función de economía procesal, al no ser entonces necesario un nuevo proceso contra los adquirentes legalmente sujetos a los efectos de la resolución judicial que declare la ilegalidad de la licencia: «En todo caso (...) la anotación (...) del proceso contencioso no es de mera noticia para terceros de su existencia. Sirve también para trasladar a los eventuales adquirentes posteriores la carga de acudir al proceso y releva al actor de la necesidad de incoar nuevo proceso contra ellos, aunque estén sujetos legalmente a los efectos de la resolución administrativa o judicial, frente al riesgo de que, por no constar la anotación, estuviera indebidamente formulada la relación jurídica procesal, dada la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha declarado insuficiente el llamamiento por edictos de la Ley de Jurisdicción contenciosa y exige la citación de quien esté interesado en el mantenimiento del acto».

Por su parte, el artículo 29 del Reglamento de Costas de 1989, contempla los efectos de dicha anotación preventiva, disponiendo que «si en el plazo de un año desde la notificación no se produce el acceso al Registro de las anotaciones preventivas de demandas derivadas de las acciones promovidas por los titulares inscritos, la anotación del deslinde se cancelará o se convertirá en inscripción, a criterio del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, rectificándose las inscripciones existentes contradictorias con el dominio público conforme a lo previsto en la legislación hipotecaria. En otro caso se estará al resultado del juicio correspondiente».

A mi juicio, esta anotación preventiva no puede calificarse propiamente como medida cautelar, pues su no adopción no constituirá un peligro para la efectividad de la eventual sentencia estimatoria.

Es cierto que si dicha anotación no se practica en el Registro, la Administración podrá cancelar la anotación del deslinde o convertirla en inscripción, rectificando las inscripciones existentes contrarias con el dominio público. Pero si en el proceso en cuestión se dicta una sentencia estimatoria, no habrá dificultad alguna para su efectividad, por ser imposible la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH, ya que el artículo 7 de la Ley de Costas dispone que «conforme a lo dispuesto en el artículo 132.1 de la Constitución, los bienes de dominio público marítimo-terrestre, definidos en esta Ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables».

Dicho de otro modo, como no puede aparecer ningún tercero protegido (101), si la sentencia estima la impugnación del deslinde no habrá ningún obstáculo para rectificar el registro conforme con lo previsto en la legislación hipotecaria, es decir, para cancelar el asiento practicado a favor de la Administración y para practicar una inscripción de dominio a favor del impugnante que ha visto reconocido su derecho.

2.3.2.4. En los procesos de impugnación contra la resolución aprobatoria del deslinde de los cauces de dominio público

La anotación preventiva de la demanda que interpongan los titulares de los derechos inscritos afectados en defensa de sus derechos contra la resolución de aprobación del deslinde de los cauces de dominio público, está con-

(101) Señala GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho... (II)*, cit., pág. 473, que «al ser de dominio público la zona marítimo-terrestre, según la Constitución Española (art. 132) y ser los bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables, no caben derechos privados sobre dicha zona, que tampoco cabría consolidar a través de inscripciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Más que una excepción al artículo 34, se trata de un supuesto en que por definición no puede operar el artículo 34».

templada en el artículo 87 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, modificada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre (102).

Repitiendo el argumento expuesto en el apartado anterior, también aquí hay que señalar que la mencionada anotación no cumple una función cautelar, pues según el artículo 2-c) de la Ley de Aguas, «constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley (...) los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas», y de acuerdo con el artículo 132-1 CE, los bienes de dominio público son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

2.3.2.5. Conclusión

A la vista de lo expuesto, podemos concluir que la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo única y propiamente desempeñará una función cautelar en aquellos supuestos en que como consecuencia de la actuación administrativa puedan surgir terceros adquirentes —distintos de la Administración— protegidos por el principio de fe pública registral, es decir, cuando exista el *periculum in mora* de aparición de terceros adquirentes protegidos que pueda atentar contra la efectividad de la eventual sentencia estimatoria.

En los restantes casos —ya que según el art. 132-1 CE, los bienes de dominio público son inalienables, imprescriptibles e inembargables—, dicha anotación preventiva, de ser adoptada, únicamente desempeñará una función de publicidad o de publicidad-noticia.

Sentado esto, podemos concluir lo siguiente:

- a) El órgano jurisdiccional únicamente deberá acordar una anotación preventiva cuando la misma resulte procedente, esto es, cuando vaya a desempeñar una función cautelar en garantía de la efectividad de la eventual sentencia estimatoria.
- b) En los casos en que la anotación preventiva solicitada no tenga una utilidad cautelar, el órgano jurisdiccional deberá denegar su adopción, salvo en los supuestos en que expresamente esté prevista por la ley, en cuyo caso, de ser acordada, cumplirá una función de publicidad o de publicidad-noticia, sin perjuicio de los efectos legalmente previstos —en todo caso, no cautelares— que se deriven de su práctica.

(102) El artículo único, apartado trigésimo primero, de esta última ley, dispone que el texto originario del artículo 87 pasa a ser su apartado 1, y crea los apartados 2 y 3 de dicho precepto.

2.4. LA CONTRACAUTELA DEL SOLICITANTE DE LA MEDIDA CAUTELAR

A la caución se refiere el artículo 133 LJCA, al disponer que:

1. Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.
2. La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente (...).

En el propio Preámbulo del Real Decreto 1093/1997 se destaca que «la anotación preventiva en estos casos ha de estar rodeada de las necesarias cautelas a fin de evitar que la actuación pública se resintiere injustificadamente, por ello se establece (...) que los Tribunales deban exigir caución adecuada».

En efecto, el artículo 67 de la mencionada norma dispone, para la práctica de la anotación preventiva, que, quien promueva recurso contencioso-administrativo contra los actos de la Administración pública, deberá ofrecer una «indemnización por los perjuicios que pudieran seguirse, en caso de ser desestimado el recurso, de tal forma que la falta de la caución que, en su caso, exija el Tribunal para evitar daños al titular de la finca o derecho anotado, impedirá la práctica de la anotación» (103).

En relación con este mismo presupuesto, el artículo 68 del Real Decreto 1093/1997, establece que «será requisito para la práctica del asiento (...) la prestación de la caución a que se refiere el artículo anterior», y el artículo 69 del mismo prescribe que «la anotación se practicará en virtud de mandamiento judicial en el que se consigne literalmente la resolución dictada y que se ha prestado, en su caso, la caución correspondiente».

Los anteriores preceptos introducen un régimen jurídico para la caución que se puede concretar en los siguientes aspectos (104):

(103) En relación con este Real Decreto, BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Las medidas...*, cit., pág. 266, advertía que «es lógico para prevenir el uso torticero de los recursos contenciosos en materia urbanística, pero cuya legalidad es más que discutible al no tener base bastante en la Ley Hipotecaria y suponer una mediatización de las potestades del Juez o Tribunal de lo contencioso».

(104) Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 647, para quien «en esta regulación reglamentaria del requisito de la caución se ha tenido en cuenta la analogía con lo dispuesto para anotaciones de demanda, en general, en el artículo 139.1 del Reglamento Hipotecario».

Sobre el presupuesto de la caución, puede consultarse, con mayor profundidad, MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 180 y sigs.

- a) Obsérvese que el legislador ha elaborado una escala sobre la intensidad de los perjuicios que pueda causar la adopción de la medida cautelar, intensidad que puede condicionar la adopción de la medida o la necesidad de que el actor preste una contracautela. Si la adopción de la medida cautelar puede dar lugar a una «perturbación grave de los intereses generales o de tercero», el órgano jurisdiccional deberá denegarla (art. 130-2 LJCA). Por el contrario, si de su adopción pueden derivarse «perjuicios de cualquier naturaleza», la concreta medida cautelar podrá ser concedida pero con contracautelas (art. 133-1 LJCA) (105).
- b) El previo ofrecimiento de caución por el sujeto solicitante de la anotación preventiva constituye un requisito formal, que difícilmente condicionará que el órgano jurisdiccional resuelva sobre la adopción de la medida y se pronuncie, en caso afirmativo, sobre la exigencia de caución (106).
No obstante, la previsión de este ofrecimiento puede ser oportuna para que el actor muestre sus preferencias sobre la clase de caución a prestar, y justifique el importe propuesto.
- c) La exigibilidad de caución es potestativa y discrecional para el órgano jurisdiccional («podrá exigirse» y «en su caso», establecen los artículos transcritos), en función de la apreciación que realice acerca de si la actuación de la medida puede ocasionar daños o perjuicios para el interés público o para terceros (107).
La imposición de la caución la puede realizar el órgano jurisdiccional de oficio, sin que sea necesaria al efecto la previa solicitud de la parte demandada (108).

(105) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 76 y 87.

(106) Así, ALVAREZ-LINERA Y URÍA, C., *La nueva...*, cit., pág. 9.

(107) Con anterioridad a esta norma, DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Anotación...*, cit., pág. 319, sostenía que debía ser siempre necesaria la prestación de la caución correspondiente, y LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., págs. 87-88, defendía la conveniencia de la caución, pues aunque la anotación preventiva no impide la ejecución del acto impugnado, puede suponer al titular registral afectado un manifiesto quebranto patrimonial (restricciones para la enajenación de la finca, para la obtención de facultades crediticias, etc.).

Sobre la conveniencia de la caución, también se manifiesta el último autor citado, en *Registro...*, cit., pág. 285, y en *Urbanismo...*, cit., págs. 196-197. Por su parte, RUIZ RISUEÑO, F., *El proceso...*, cit., págs. 436-437, entiende que se debería haber establecido un régimen de caución obligatoria. Véanse, también, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., págs. 647 y 650; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1337; DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1040 y 1042; y LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 744.

(108) Así, DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1041.

- d) La prestación de dicha caución constituye, al mismo tiempo que una carga procesal para el solicitante de la medida cautelar, un presupuesto de ejecución o efectividad de la misma y no de su concesión (109), pues, como prescriben las citadas normas, la no prestación de la caución no impedirá la adopción de la medida, sino la emisión del correspondiente mandamiento judicial y su práctica en el registro.
- e) La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que la caución «podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho», sin establecer limitación alguna. Por lo tanto, en principio, podrá consistir en metálico, en un aval bancario, en un depósito irregular de dinero, en un seguro de caución, en valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, en una garantía hipotecaria —inmobiliaria o mobiliaria— o pignoraticia —con o sin desplazamiento de la posesión—, etc. (110).

(109) Así GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2075-2076 y 2087; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 650; GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., pág. 1101; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1339; DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1046 y 1052, nota 152; LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 744; RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., pág. 346; y ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MANCUNILL, L., *Derecho...* (VII), cit., pág. 61.

(110) No obstante esto GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2086, apunta que «la más frecuente será el aval bancario. No parece, sin embargo, admisible la fianza personal, aunque esté admitida por el Derecho (art. 1.822 del Código Civil), siempre que el fiador «tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza» (art. 1.828 del Código Civil), por estar excluida expresamente por el artículo 1.428, último párrafo, LEC». Tampoco admite la fianza personal LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 744. Si la admiten CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 319; DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1044; y TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pág. 1072.

Los ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 11 de febrero de 1999, de 13 de abril de 1999, y de 10 de junio de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 349-352), han admitido la constitución de una hipoteca como una forma de caución para garantizar los perjuicios que puedan ocasionarse por la adopción de la medida cautelar adoptada.

El ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10 de mayo de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 352-355), ha denegado, no en cuanto a su procedencia en abstracto, sino en relación con el caso concreto planteado, la constitución de una prenda sin desplazamiento de ciertos bienes como forma de garantía o caución, teniendo en cuenta, entre otros criterios, que se estaba ante «un tipo de garantía en el que la solvencia y liquidez de la misma se presenta como, al menos, complicada en relación con otras posibles garantías de las admitidas en Derecho», y que no se había acreditado por la parte solicitante de la medida que «no se haya podido aportar otro tipo de garantía, siendo, como venimos señalando en supuestos análogos, sin duda preferentes y mejor cumplidoras de la finalidad de la norma las garantías consistentes, bien en aval bancario o, en su caso, la garantía hipotecaria».

No obstante, hay que recordar, sobre este punto, la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil —Disposición Final primera LJCA— y que el artículo 728-3.III LEC remite al artículo 529-3.II de la misma norma en cuanto a las posibles formas para otorgar la caución: «en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate».

En cuanto a la cuantía de la caución, según el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, la misma estará en función de los probables daños y perjuicios que la anotación pueda causar al titular de la finca o derecho anotado.

A mi juicio, para calcular el importe de la caución, también se deberá tener en cuenta, por una parte, los daños y perjuicios que la anotación pueda causar a la Administración demandada (111) y a los terceros interesados en la actuación administrativa (112), y, por otro lado, el concreto acto administrativo impugnado, pues, por ejemplo, no es lo mismo que se impugne un plan general de ordenación urbana o un plan parcial o un plan de actuación o la concesión de una licencia, o que se impugne todo el plan o una parte del mismo.

- f) La prestación de caución no constituye la única y exclusiva contracautela que puede adoptar el órgano jurisdiccional, ya que el legislador ha establecido «una cláusula abierta de medidas contracautelas» (113), aunque para el caso de la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo entiendo que la caución será la contracautela más usual.
- g) Por último, señalar que la prestación de la caución no podrá suplir en ningún caso la concurrencia de los restantes presupuestos exigibles para la adopción de la medida cautelar (114).

Por último, el ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de febrero de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 35-356), no ha admitido la fianza personal como forma de caución por su discutible solvencia.

(111) GARBERÍ LLOBREGAT, J., en AA.VV., *Derecho...*, cit., pág. 695, entiende que esta anotación no produce perjuicio alguno a la Administración.

(112) Para ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 29, se deben tener en cuenta tanto los posibles daños que pueda sufrir el demandado como los perjuicios que pueda padecer el interés colectivo, por la paralización o por la duda originada sobre la eficacia de actos cuya trascendencia económica puede ser muy elevada. También así, DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1040.

(113) CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela...*, cit., pág. 580.

(114) Así, TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., págs. 1339-1340.

- h) La prestación de caución por el solicitante de la medida cautelar la podrá acordar el órgano jurisdiccional tanto si el incidente cautelar sigue la tramitación prevista por el artículo 131 LJCA, como la configurada por el artículo 135 de la misma norma (115).

2.5. LA NECESARIA PENDENCIA DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La necesidad de la previa o simultánea interposición del recurso contencioso-administrativo se deduce claramente del artículo 129-1 LJCA, según el cual, «los interesados podrán solicitar *en cualquier estado del proceso* la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia»; del artículo 136 de la misma norma, que sólo prevé la tutela cautelar *ante causam* para unos determinados supuestos distintos de los aquí contemplados; y del artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, cuando dispone que «el que *promoviera* recurso contencioso-administrativo (...), podrá solicitar, *con el escrito de interposición o después* (...), que se tome anotación preventiva sobre fincas concretas y determinadas que resulten afectadas por el acto impugnado» (116).

Hay que tener en cuenta que los artículos 1-6 y 70 del Real Decreto 1093/1997 contemplan también la posibilidad de que se anote preventivamente *la demanda formulada* en el recurso contencioso-administrativo.

En relación con esta última cuestión, es necesario poner de manifiesto que según el artículo 45-4 LJCA, «el recurso de lesividad se iniciará por demanda formulada con arreglo al artículo 56.1, que fijará con precisión la persona o personas demandadas y su sede o domicilio si constara. A esta demanda se acompañarán, en todo caso, la declaración de lesividad, el expediente administrativo y, si procede, los documentos de las letras *a)* y *d)* del apartado 2 de este artículo», y que el artículo 45-5 de la misma norma dispone que «el recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de

(115) En contra, DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1055, para quienes, en este último caso, «no se dará trámite de audiencia ni se exigirá caución».

(116) La cursiva es mía.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2034, justifica la inadmisibilidad, con carácter general, de la tutela cautelar *ante causam*, poniendo de manifiesto que «así como en el proceso civil, que se inicia con la presentación de un escrito de demanda que contiene la pretensión, puede ofrecer dificultades para el actor su preparación, siendo aconsejable un procedimiento expedito para poder obtener previamente la decisión del Juez decretando la medida cautelar, el proceso administrativo se inicia con tal simplicidad de trámites que aquél que pretende la suspensión de la ejecución no tiene dificultad alguna en cumplir este requisito para promover el incidente de suspensión».

hecho en que no existan terceros interesados podrá iniciarse también mediante demanda en que se concretará la disposición, acto o conducta impugnados y se razonará su disconformidad a derecho».

No obstante, en la mayoría de los supuestos a los que nos hemos referido en este trabajo siempre existirá un tercer interesado. Así pues, lo que podrá anotarse será: *inicialmente* la interposición del recurso contencioso-administrativo y, en su caso, la interposición de la demanda, y *después*, atendiendo a las circunstancias, o bien la demanda formulada o bien un escrito independiente en el que se solicite la anotación, pero nunca se podrá anotar *ante causam* un escrito en el que se solicite dicha medida cautelar (117).

2.6. QUE SE TOME LA ANOTACIÓN PREVENTIVA SOBRE FINCAS CONCRETAS Y DETERMINADAS QUE RESULTEN AFECTADAS POR EL ACTO IMPUGNADO

El artículo 67 del Real Decreto 1093/1997 requiere que la anotación preventiva se tome «sobre fincas concretas y determinadas que resulten afectadas por el acto impugnado».

Esta exigencia de que la anotación preventiva se deba practicar sobre fincas o derechos reales concretos y determinados, encaja con lo dispuesto por la Disposición Adicional décima (Primero-7 y Segundo-1) LRRUVS; por los artículos 307-7 y 309-1 TRLRSOU; y por el artículo 1-7 del Real Decreto 1093/1997, según los cuales la sentencia firme en la que se declare la anulación de un instrumento de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias, cuando se concrete a fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento, será inscribible en el Registro de la Propiedad.

Por su parte, el artículo 68 del Real Decreto 1093/1997, al regular la tramitación de la solicitud de la anotación, dispone que:

La solicitud de la anotación, acompañada de certificación registral de dominio y cargas, se sustanciará por los trámites establecidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Será requisito para la práctica del asiento el haber oído, en todo caso, al titular registral de la finca y a los que según la certificación sean titulares de derechos y cargas que consten en ésta, así como la prestación de la caución a que se refiere el artículo anterior.

Al ser la anotación preventiva un asiento tabular, requiere siempre la previa identificación de las fincas concretas y determinadas sobre las que se haya de practicar, lo que implica que el proceso en el que la misma se haya solicitado y adoptado, por una parte, se debe haber impugnado un acto administrativo y demandado a la Administración Pública correspondiente, y, por

(117) Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 646.

otro lado, se debe haber demandado a los titulares registrales de las fincas o derechos reales inscritos sobre las que ha de practicarse la anotación, en cuanto que pueden resultar afectados o perjudicados por la anulación del mencionado acto administrativo (118).

Dicho de otro modo, el actor únicamente podrá solicitar y el órgano jurisdiccional adoptar la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad cuando ésta se refiera a algunos o a todos de los bienes o derechos reales que puedan verse afectados por la anulación del acto administrativo impugnado (119).

LASO MARTÍNEZ especifica las implicaciones que tiene la necesaria referencia a bienes concretos y determinados:

- a) Proporciona al órgano jurisdiccional un elemento doble de valoración; «activamente, reflejará el interés verdadero protegible, dándole

(118) Como señala ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., págs. 4 y 28, la exigencia de que la anotación se practique sobre fincas concretas y determinadas deriva del principio de especialidad registral y del sistema de folio real —el registro funciona tomando como unidad de cuenta la finca—, en virtud de los cuales no cabe practicar asientos registrales si el título correspondiente no se refiere a inmuebles determinados y concretos.

Con todo, téngase presente que en el proceso contencioso-administrativo el actor no elige a los demandados. Al menos no a todos —arts. 21.1.b) y 49 LJCA—.

(119) En esta línea se ha pronunciado el ATS (Sala 3.^a), de 25 de octubre de 1994 (BDA, m. RJ 1994/7820), que ha denegado la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo que había aprobado un proyecto de actuación urbanística, ya que el solicitante de la misma no había expresado las fincas sobre las que debía recaer, argumentando que «la anotación preventiva de referencia ha de recaer sobre fincas determinadas y por ello, para que el órgano jurisdiccional pueda decretarla y librar el oportuno mandamiento, debe saber, indudablemente, sobre qué fincas ha de recaer su decisión, sin que sea procedente acordarla de forma indeterminada para luego concretar su objeto, ya que pudiera ocurrir que, conocido éste, no procediese sobre el mismo, produciéndose una resolución inútil».

Como señala LASO MARTÍNEZ, J. L., *Urbanismo...*, cit., págs. 188, nota 3, y 196, respectivamente, no es admisible «la anotación preventiva en el proceso contencioso (...), sobre bienes que son ajenos a la pretensión que se mantiene», por lo que «la concesión de la anotación debe estar referida de modo adecuado a las fincas o derechos afectados de que se trate y no con carácter general a todos los implicados en el acto impugnado».

El mismo autor citado, en *Cautelas...*, cit., pág. 78, pone de relieve que «no parece razonable entender que por el mero hecho de que todo proceso por razón de urbanismo tenga como punto de referencia un soporte territorial pueda, ambivalentemente, acogerse a la anotación el recurrente si no existe una relación directa con un inmueble determinado que legitime la pretensión de la anotación», y en *Las anotaciones...*, cit., págs. 253-254, manifiesta que no sería posible solicitar una anotación preventiva de demanda sobre bienes de un Ayuntamiento por una cuestión de personal debida a algún funcionario dependiente del mismo. Tampoco cuando se ejercitan acciones de responsabilidad contra alguna Administración Pública, cualquiera que sea su causa, ya que la prohibición de embargo de sus bienes y la inexistencia de una relación jurídica de contenido patrimonial identificable sobre bienes concretos, excluiría su eventual utilización, que, en todo caso, correspondería a la medida cautelar de embargo y a su anotación preventiva.

elementos de juicio para contrastar la legitimidad de la petición; pasivamente, le proporcionará, igualmente, la medida del interés en juego para evaluar la garantía que impida su abusivo ejercicio» (120).

- b) A su vez, con esa identificación «se requerirá la llamada cierta del titular del bien amenazado para que acceda al proceso y utilice los medios de defensa adecuados» (121).

Al hilo de las anteriores consideraciones, el citado autor se plantea las siguientes cuestiones y ofrece las correspondientes conclusiones:

- a) Cuando se impugne un acto de planeamiento, no en la parte relativa a la gestión (vg. delimitación de sectores o unidades de ejecución, fijación del sistema de actuación, etc.), sino en la que se refiere a la zonificación, al aprovechamiento o a las normas urbanísticas, también es posible la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo cuando las decisiones para su gestión impliquen, directa o indirectamente, consecuencias patrimoniales (122).

(120) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., págs. 78-79 y 82-83, esp. pág. 78.

(121) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., págs. 78-79 y 83, esp. pág. 78.

(122) Vid. LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 81, y GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., págs. 642-643, quien sigue la postura del anterior. Para este último autor (pág. 643), «junto a estas observaciones, también hay que añadir que en fincas registrales concretas se han podido consignar a instancia de la Administración actuante determinaciones o descripciones derivadas del planeamiento, conforme al número 8 del artículo 307 del TRLS de 1992, con las que el propietario o titular registral no estuviera de acuerdo y pretendiera impugnarlas a través del recurso contencioso-administrativo».

En el precepto citado se dispone que será inscribible en el Registro de la Propiedad «cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas».

(123) En este sentido, LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 81. Por su parte, ALVAREZ-LINERA Y URÍA, C., *La nueva...*, cit., pág. 10, precisa que no le «parece posible la anotación preventiva de demanda cuando el objeto del proceso sea la impugnación de un instrumento de planeamiento que abarca o todo el conjunto de fincas de un municipio, como ocurre con el Plan General o las Normas Subsidiarias del Planeamiento o con un conjunto de fincas no bien precisado, como ocurre con los instrumentos subordinados: Planes Especiales o Planes Parciales o, incluso, con los instrumentos de ejecución como los acuerdos de Reparcelación, Unidades de Actuación, Proyectos de Delimitación y Programas de Actuación Urbanística. No resulta posible la anotación en todas y cada una de las fincas del municipio que se encuentren inscritas, aunque todas ellas resulten afectadas por el PGOU o por los diferentes instrumentos de planeamiento a que se hizo referencia. Ahora bien, si la impugnación se concreta a las determinaciones, aunque sea de un PGOU, respecto de fincas concretas y determinadas parece posible que se pueda acordar y llevar a cabo la anotación preventiva. Por el contrario, si se impugna, como ocurre con frecuencia, *in totum* el plan, aunque sea por motivos formales no resulta factible llevar al registro una anotación preventiva tan genérica que debería afectar al conjunto del territorio del municipio. El desarrollo reglamentario de la LS deberá abordar la compleja problemática

- b) Podrá darse la circunstancia de que un instrumento de planeamiento o un acto de ejecución de dicho planeamiento, por su generalidad y abstracción, no se concrete sobre bienes perfectamente individualizados o que afecte a una pluralidad de fincas, pero lo importante es que el propio acto impugnado (vg. el acto aprobatorio de una reparcelación o de un proyecto de compensación, etc.) y la sentencia anulatoria del mismo puedan afectar a fincas concretas y determinadas (123).
- c) Normalmente una licencia (vg. de obras nuevas o de parcelación) siempre se concretará en una finca, y su anulación afectará a la misma (124).
- d) También será anotable la interposición del recurso contencioso-administrativo o de la demanda correspondiente cuando se impugne un acto administrativo, ya sea por la Administración en cada caso competente, cuando se encuentre legitimada por la legislación para soli-

que plantea una normativa tan abierta, dada la necesidad de cohonestar los principios de dicha ley con los propios de la legislación hipotecaria, basada en el folio real y en los principios de legitimación registral, especialidad y determinación y tracto sucesivo».

ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 29, después de destacar que «el planeamiento urbanístico concibe el suelo en función de su capacidad de acogida de tejido urbano y utiliza como medio de determinación del mismo conceptos como el de zona, área o parcela que, en principio, son ajenos al Registro, en la medida en que éste se lleva por fincas, es decir, por unidades objetivas de derechos delimitadas en función de su pertenencia a un titular o a una colectividad de titulares en régimen de comunidad», concluye que es «difícil pensar que la impugnación de un instrumento de planeamiento pueda referirse a fincas determinadas, si bien ello no es imposible, sobre todo cuando se trata de planeamiento de detalle o determinadas figuras de Plan Especial, especialmente si tienen por objeto la rehabilitación de sectores urbanos. Lo cierto, no obstante, es que la ley no limita el supuesto».

Respecto de la impugnación de los instrumentos de ejecución, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 643, advierte que «es más factible comprobar la conveniencia de la anotación, al referirse siempre a actos administrativos concretos sobre fincas determinadas, como podría ser la impugnación de expedientes de reparcelación, compensación, expropiación, o cualquier otro de equidistribución previsto por la respectiva legislación urbanística autonómica. Se producirá, no obstante, una dificultad de tipo práctico para la anotación, cuando exista una multiplicidad de fincas y titulares, que, en principio, al formar parte todas ellas de la unidad de ejecución, exigiría la práctica de la anotación preventiva sobre todas ellas, con el consiguiente incremento de gastos de todo tipo. No obstante, podría plantearse la posibilidad de impugnar el instrumento de ejecución en su totalidad, pero sólo solicitar anotación preventiva respecto de una o varias fincas concretas, de acuerdo con el principio de rogación, si el interesado excluye, por ejemplo, las fincas de su propiedad, y las de otras personas respecto a las que tiene seguridad que no se van a producir terceros o titulares ulteriores».

Para ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 29, será posible la anotación preventiva de la impugnación de actos de ejecución del planeamiento «siempre que el contenido del acto impugnado suponga una modificación, alteración o desaparición de elementos propios del derecho inscrito o del contenido económico de las facultades que pueda ejercer el titular de la finca».

(124) Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., pág. 2426.

citar su anulación o revisión (125), ya sea mediante el ejercicio de la acción pública (vid. arts. 19 LJCA y 304 TRLRSOU), siempre que recaiga sobre fincas concretas y determinadas, pues la eventual resolución estimatoria, aunque no origine una ventaja patrimonial para el recurrente, «provocará un efecto patrimonial al menos en el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de apropiación, bien sea anulando una expectativa, obligando a someterla a un régimen de ejecución determinado, etc.» (126).

3. EFECTOS DE LA ANOTACIÓN

Para los efectos genéricos de este tipo de anotaciones se puede hacer una remisión a lo desarrollado para la anotación preventiva de los artículos 42-1 LH y asimilados (127).

En concreto, en relación con la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en materia urbanística, la Disposición Adicional décima (Primero-7 y Segundo-1) LRRUVS; los artículos 307-7 y 309-1 TRLRSOU, y el artículo 1-7 del Real Decreto 1093/1997, disponen que la sentencia firme (128) en la que se declare la anulación de un plan de ordenación, de un instrumento de ejecución del mismo o de alguna licencia, cuando se concrete sobre fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento (129), será inscribible en el Registro de la Propiedad.

(125) Así, GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., págs. 643-644.

(126) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., págs. 82-83, esp. pág. 83. Véase también GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., págs. 643-644.

(127) Esto es, como apunta ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 30, el efecto fundamental de la anotación «será el de la publicidad, dirigido a romper la posible buena fe del tercero, que convertiría su posición en inatacable, pero también dará lugar, si la pretensión triunfa y su contenido es suficiente, a la inscripción de nuevos derechos o a la cancelación de otros, en los términos que resulten de la sentencia firme».

Sobre dichos efectos genéricos puede consultarse MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 202 y sigs.

(128) Exige también la firmeza de la resolución CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Connotaciones hipotecarias de la Ley del Suelo», en *RCDJ*, 1991, pág. 967.

No se puede compartir la postura de GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., pág. 2426, cuando sostiene que «parece evidente que asimismo sería admisible la inscripción si la sentencia, aunque no fuese firme, tuviera fuerza ejecutiva, bien porque el recurso no produjera por ley efectos suspensivos o porque sólo se admitiera en un solo efecto», pues sólo son susceptibles de inscripción las situaciones o actos que presentan un carácter definitivo.

(129) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., pág. 2426, comenta que no es necesaria una participación efectiva en el proceso del titular de la finca o derecho afectados, sino que basta que, de acuerdo con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, haya tenido la oportunidad de hacerlo, para lo que se requerirá que el emplazamiento se haya efectuado con los requisitos exigidos por las leyes procesales.

Con la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo, lo que se pretende es garantizar la completa efectividad de esa sentencia para el caso de que llegara a dictarse.

El artículo 71 del Real Decreto 1093/1997, al regular los efectos de esta anotación preventiva en relación con la eficacia de la sentencia que ponga fin al proceso, dispone que:

La sentencia firme que ponga fin al procedimiento contencioso-administrativo, en el que se hubiera ordenado la anotación preventiva, producirá los siguientes efectos (130):

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Connotaciones...*, cit., pág. 967, advierte que «el precepto parece claro en su inciso final, que aplicado literalmente nos podría llevar a la conclusión de que la actuación judicial en esos supuestos quedaba al arbitrio, o sea, a la voluntad, conforme del titular perjudicado; pero esto no es cierto.

Los litigios están sometidos al principio de derechos de que «nadie puede ser condenado sin ser oído», pero en ningún modo puede exigirse para la validez de un litigio la comparecencia de uno de los litigantes; la problemática de los juicios en rebeldía de los artículos 762 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como su complemento, las notificaciones en estrados recogidas en el 821 y siguientes de la misma, son plenamente bastantes para sostener que no existe indefensión, pese a no participar en el litigio una de las partes, la en situación de rebeldía. Lo que quiere la Ley del Suelo es sólo que se cite al titular».

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Práctica...*, cit., págs. 64-65, recoge un supuesto práctico en el que se practicó la anotación preventiva de una sentencia firme que declaraba la nulidad de una licencia urbanística, pero sólo en relación con los propietarios que habían intervenido en el proceso. Como señala dicho autor, «efectivamente, respecto a los terceros que no han intervenido en el juicio no cabe constancia de anotación preventiva, pues han sido ajenos a la declaración de nulidad. Pero respecto a los que han intervenido, la constancia de tal extremo es importante para evitar que surjan nuevos terceros adquirentes protegidos por el artículo 34 LH, pues, caso de que el Ayuntamiento inste la correspondiente expropiación forzosa del edificio por razones urbanísticas, la indemnización será diferente, según el piso haya o no ingresado en el patrimonio del propietario a efectos urbanísticos, pues, en cuanto a los que han intervenido en el proceso y sucesivos adquirentes en que conste la anotación, la indemnización no comprenderá la parte correspondiente a la edificación. Y lo mismo si se insta un expediente de demolición».

(130) Como precisan ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (VII), cit., pág. 62, y LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., pág. 259, no es la anotación, sino la sentencia estimatoria la que, apoyándose en dicha anotación, produce los efectos siguientes. El último autor citado, *Cautelas...*, cit., pág. 89, señala que no mediando la anotación preventiva, la sentencia estimatoria sería completamente efectiva siempre que no se hubiere transmitido el bien litigioso a un tercero de buena fe durante la pendencia del proceso.

El Real Decreto 1093/1997, al afirmar la eficacia cautelar de esta anotación preventiva, contradice la opinión sostenida por GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., pág. 2426, que parecía negar una virtualidad cautelar a dicha anotación. Según éste, «aun cuando no hubiese tenido acceso al Registro la anotación de la demanda, de conformidad con el número 6 de este artículo 307, en todo caso tendría acceso al Registro una sentencia por la que se anula alguno de los instrumentos y actos a que se refiere».

La eficacia cautelar de esta anotación preventiva es reconocida en la actualidad por la mayoría de la doctrina. Véanse DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Anotación...*, cit., pág. 319, y LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., pág. 249.

1. Será título bastante para practicar los asientos dispuestos en ella.
2. Cuando de la sentencia resulte la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real inscribible, se practicarán los asientos pertinentes en la forma establecida por el artículo 198 del Reglamento Hipotecario (131). Dicho artículo será de aplicación también respecto de la cancelación de asientos contradictorios practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación preventiva, cuando la titularidad de los derechos proceda de actos sujetos al control de los Juzgados y Tribunales Contencioso-Administrativos, en cuyo caso, a efectos de la cancelación de los asientos originados por los títulos a que se refiere este artículo, se resolverá en este orden jurisdiccional lo que proceda en trámite de ejecución de sentencia, previa citación de los titulares de los derechos afectos por la posible cancelación.
3. Cuando de la sentencia no resulte la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real, o la modificación de la descripción de las fincas sobre las que se hubiese practicado, la propia sentencia será título bastante para la cancelación de la anotación.

Como se puede apreciar, en virtud de lo dispuesto por este precepto, los efectos de esta anotación preventiva serán similares a los de la anotación preventiva de la demanda de propiedad o de derechos reales recogidos en el artículo 198 RH, con la única salvedad de la particularidad contenida en el segundo párrafo *in fine* de aquél.

Una explicación posible a esta particularidad puede encontrarse en el Preámbulo del Real Decreto 1093/1997, en el que se explica que, «por lo demás, en cuanto a la práctica de asientos derivados de la anotación preventiva, se ha tenido en cuenta la posible confluencia de distintos órdenes jurisdiccionales».

Así pues, interpretando *a sensu contrario* el anterior precepto, parte de la doctrina entiende que cuando la titularidad de los derechos inscritos que deriven de títulos de fecha anterior a la de la anotación preventiva no proceda de actos sujetos al control de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, será necesario acudir a la jurisdicción ordinaria —la civil— para la tramitación del incidente previsto en el artículo 198 RH (132).

(131) Esta aplicación supletoria del artículo 198 RH ya la habían sugerido CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Connotaciones...*, cit., pág. 968, y LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., págs. 89-93.

Por otro lado, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., págs. 652-653 y 656, critica la redacción de este precepto, pues, por una parte, la sentencia estimatoria de la pretensión de impugnación no siempre dará lugar, al menos de una forma directa e inmediata, a la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real inscribible, y, por otra parte, pueden darse supuestos en los que, aún no dándose directa o indirectamente las anteriores situaciones, pueda ser conveniente la publicidad registral de la sentencia estimatoria.

(132) En este sentido, ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (VII), cit., pág. 62.

Otra interpretación puede ser la de entender que se está excepcionando el régimen de caducidad de la acción contencioso-administrativa, permitiéndose la impugnación de actos anteriores, ya inscritos, y que la acción de impugnación, en este caso, no deberá sustanciarse en un proceso contencioso-administrativo, sino en el incidente a que se refiere la propia norma.

También se debe señalar que, según el precepto transcrito, la ejecutoria o un testimonio de la sentencia firme será título bastante para practicar las inscripciones y las cancelaciones correspondientes, sin necesidad de mandamiento judicial (133), aunque, como ya se puso de manifiesto al estudiar los efectos previstos en el artículo 198 RH (134), en ocasiones será necesario un mandamiento judicial (135).

Por su parte, el artículo 107 LJCA regula la ejecución impropia de la sentencia estimatoria, disponiendo que:

Para GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 654, «quiere decirse que las transmisiones ordinarias de derechos entre particulares, que no se discuten en la vía contencioso-administrativa, quedan a salvo de cualquier cancelación, pues son indiferentes para la cuestión planteada en el procedimiento. Pero la línea de separación entre lo meramente civil y lo contencioso-administrativo no es clara, a estos efectos, pues una transmisión de finca resultante de una parcelación, estando impugnado el expediente de reparcelación por la vía contencioso-administrativa, puede dar lugar a la cancelación de dicha transmisión, si se anula la reorganización de la propiedad resultante del citado expediente de equidistribución.

El problema también se plantea respecto a una inscripción de declaración de obra nueva basada en una licencia ilegal, habiéndose vendido los departamentos del edificio, unos con título anterior a la anotación y otros posteriores a ella. En realidad, ninguna trascendencia debería tener aquí que el título o documento fuera de fecha anterior o posterior a la anotación, pues debatiéndose un problema de ilicitud o ilegalidad de la licencia, se entra de lleno en el ámbito del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que sólo protege a los titulares registrales que hayan inscrito en el Registro con anterioridad a la anotación, y no los que lo hayan hecho después, aunque la fecha de su título sea anterior.

Entendemos que este párrafo del artículo 198 del Reglamento Hipotecario está pensado para un conflicto entre particulares, y concretamente entre el titular de una anotación preventiva de demanda y titulares de dominio y demás derechos reales.

Pero es difícil trasladarlo al supuesto que nos ocupa, en que se pretende la impugnación de actos administrativos en relación con una finca concreta y frente a unos titulares registrales concretos, por lo que los titulares que no hayan inscrito su título en el momento de la anotación de la interposición del recurso contencioso-administrativo carecen de legitimación pasiva procesal, conforme al artículo 38 de la Ley Hipotecaria, por lo que huelga reproducir de nuevo el procedimiento, aunque sea por la vía de los incidentes, por el hecho de que aparezcan en el Registro titulares que no inscribieron a su debido tiempo, y que por ello, deberían soportar las consecuencias de su propia negligencia.

No obstante, el artículo 71.2 del Reglamento es muy claro en este punto, y se remite a lo dispuesto en el artículo 198 del Reglamento Hipotecario».

(133) Así, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Connotaciones...*, cit., págs. 967 y 968, y LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 89.

(134) Vid. MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 228 y sigs.

(135) Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., págs. 653 y 655.

1. Si la sentencia firme anulase total o parcialmente el acto impugnado, el Juez o Tribunal dispondrá, a instancia de parte, la inscripción del fallo en los registros públicos a que hubiere tenido acceso el acto anulado, así como su publicación en los periódicos oficiales o privados, si concurriese causa bastante para ello, a costa de la parte ejecutada. Cuando la publicación sea en periódicos privados, se deberá acreditar ante el órgano jurisdiccional un interés público que lo justifique.

2. Si la sentencia anulara total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, el órgano judicial ordenará su publicación en el diario oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia.

4. PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER SOBRE LA SOLICITUD DE ANOTACIÓN PREVENTIVA

4.1. LA SOLICITUD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA

4.1.1. *Necesaria instancia de parte*

La medida cautelar de anotación preventiva no podrá ser acordada de oficio por el propio órgano jurisdiccional, sino que la adopción de la misma por parte de éste requiere, además de la concurrencia de los presupuestos necesarios, la necesaria instancia de parte (arts. 129-1 LJCA y 67 del Real Decreto 1093/1997) (136).

4.1.2. *Legitimación. Requisitos de las partes*

El artículo 1294 LJCA establece que pueden solicitar la adopción de medidas cautelares «los interesados» (137). En el tipo de procesos que nos

(136) Vid. TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1309.

Por el contrario, DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en **AA.VV.**, *Comentarios...*, cit., págs. 1003 y 1004, defienden que la adopción de oficio de medidas cautelares debería ser admisible cuando se impugnara una disposición de carácter general.

(137) Al igual que buena parte de la doctrina, CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 310, critica la denominación de «interesados», pues es «un tanto inadecuada en la medida en que la misma puede confundirse con la establecida en la legislación de procedimiento administrativo; interpretación que sin duda debe rechazarse en la medida en que, de un lado, la habilitación para solicitar dichas medidas «en cualquier estado del proceso» sólo puede corresponder a quien tenga la condición de parte (art. 19 LJCA) y, asimismo, a los causahabientes en aquellos casos en que la legitimación de ésta derivase de alguna relación jurídica transmisible (art. 22 LJCA)».

Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2029, advierte que la fórmula legal —«interesados»— «en modo alguno puede interpretarse en el sentido de que se reconozca legitimación para demandar la adopción de una

ocupan, legitimados activos para solicitar una medida cautelar serán los sujetos que hayan interpuesto el recurso contencioso-administrativo o hayan presentado la demanda correspondiente (138).

Legitimados pasivos serán la Administración demandada y, en su caso, los sujetos codemandados.

Especial problemática plantea la situación de los titulares de las fincas o derechos reales sobre los cuales se ha de practicar la anotación.

Puede ocurrir que en algunos procesos sean los propios titulares registrales los interesados en la declaración de ineficacia de un acto administrativo y los que solicitan la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva sobre su propia finca (v.g. cuando el titular registral impugna un acto de ejecución del planeamiento perjudicial a sus intereses) (139).

En otros supuestos, el titular registral será uno de los sujetos codemandados junto con la Administración demandada, y contra él se dirigirá también

medida a quien no sea parte en el proceso». Véase, en la misma línea, PERA VERDAGUER, F., *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, Barcelona, Bosch, 1998, pág. 792. Opinión contraria sostiene GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., pág. 1038, para quien el término «interesados» «autoriza a entender extendida la legitimación para solicitar su adopción a aquellas personas o entidades que, no habiendo sido parte en el proceso, ostentan la titularidad de un derecho o interés legítimo, previa justificación del mismo».

Como indican LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., págs. 734 y 745; TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1023-1024; y TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1309, los interesados son quienes poseen ya la cualidad de parte procesal o quienes la van a adquirir en un determinado plazo de tiempo, cuando se solicite la medida cautelar con anterioridad al inicio del proceso principal (art. 136-2 LJCA).

No se puede compartir la postura de DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1001-1003, quienes admiten que también puede solicitar la tutela cautelar la parte demandada, pues ésta, salvo que haya reconvenido, no tiene interés alguno en garantizar la efectividad de la sentencia que se pueda dictar.

(138) Destaca BAÑO LEÓN, J. M.², *Las medidas...*, cit., pág. 258, que la tutela cautelar está pensada «por lo común en los demandantes (o interesados como impropriadamente dice el art. 129.1. LJCA) y no en la Administración demandada, la cual, por regla general, dispone de la prerrogativa de ejecutar por sí misma sus propios actos administrativos».

(139) ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 27, destaca que «en la nueva anotación a que se refiere el artículo 307.6, la pretensión directa es la declaración de ineficacia de un acto administrativo que puede afectar a una sola finca, por ejemplo, en el caso de denegación de una licencia o la determinación de un aprovechamiento urbanístico discutible en su cuantía o en sus usos. En estos casos puede existir interés por parte del titular del inmueble en que la situación de impugnación resulte del Registro, en cuanto puede facilitar el tráfico sobre la finca, justificar la existencia del procedimiento o, simplemente, determinar las características urbanísticas de la finca en relación a las de su entorno. En este último caso cabría pensar, incluso, en que la pretensión se dirija, simultáneamente, sobre la finca del demandante u otras pertenecientes a otras personas. Aunque no se tratará de un supuesto normal, lo cierto es que la posibilidad no puede negarse, y en este sentido, la nueva regulación supone una modificación sustancial del supuesto de hecho previsto hasta ahora por la norma hipotecaria».

la solicitud de anotación preventiva (v.g. cuando un tercero impugne la concesión de una licencia urbanística al titular registral).

Pero puede también suceder que existan procesos en los que el titular registral no sea parte de los mismos —por no haber demandado o sido demandado— y un tercero impugne un acto de la Administración y pida la anotación preventiva de dicha impugnación (v.g. cuando un tercero en el ejercicio de la acción pública en defensa de la legalidad urbanística impugne el acto de aprobación de un instrumento del planeamiento y solicite la anotación preventiva de dicha impugnación). En estos casos, la vigencia del principio de legitimación registral recogido en el artículo 38 LH y, sobre todo, del principio de tracto sucesivo a que se refiere el artículo 20 de la misma norma, impedirían tanto la inscripción de la sentencia que se pudiera dictar en esos procesos si el titular registral no ha participado en el mismo, como la práctica de la anotación preventiva del escrito de interposición del recurso o de la demanda correspondiente si en el procedimiento cautelar no ha sido oído dicho titular registral (140).

Por ello, cuando en materia de urbanismo se impugnen los actos de aprobación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias, el artículo 307-6 TRLRSOU prevé serán inscribibles las sentencias firmes en las que se declare la anulación «cuando se concreten a fincas determinadas y *haya participado su titular en el procedimiento*» (141), y el artículo 68 del Real Decreto 1093/1997, establece como requisito para la práctica de la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo que *sean oídos, en todo caso, el titular registral de la finca y los que según la certificación registral sean titulares de los derechos y cargas que consten en la misma* (142).

En cuanto a los requisitos de las partes, se debe destacar que para la admisibilidad de la petición cautelar se aplicarán las normas generales que sobre la capacidad y la postulación establece la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(140) En estos casos, el Registrador, en el ejercicio de su función calificador, al amparo de los artículos 18 LH y 100 RH, denegará la inscripción de la sentencia o la práctica de la anotación preventiva si no se cumplen las exigencias derivadas de la normativa hipotecaria y urbanística.

(141) La cursiva es mía.

(142) Este último precepto ha recogido la recomendación de ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 27, quien, para que se pudiera extender en los casos comentados la anotación en el Registro, proponía que «lo más prudente es la exigencia de que hayan sido notificados los titulares registrales del dominio y demás derechos reales de las fincas a que se refiere el recurso, de acuerdo con la norma general dimanante de los principios de legitimación y tracto sucesivo».

4.1.3. *Contenido y forma de la solicitud*

De una interpretación sistemática de los artículos 129, 130 y 133 LJCA, se deduce que la necesaria instancia de parte no se satisface simplemente con una solicitud del sujeto interesado en la que pida al órgano jurisdiccional la adopción de la medida cautelar que resulte adecuada, atendiendo a la situación jurídica cautelable y al peligro en la demora concurrentes, sino que es necesario que el actor especifique la medida cautelar que solicita (143).

La solicitud de la medida cautelar se formulará por escrito, con claridad y precisión, y en la misma deberá justificarse cumplidamente la concurrencia de los presupuestos que la ley exige para su adopción, es decir, se deberán alegar y acreditar los fundamentos de la medida solicitada.

El acreditamiento de los presupuestos podrá articularse, bien por remisión a los autos principales, bien mediante la presentación de documentos o informes, al no estar prevista la práctica de otros medios de prueba (144).

Señalar también que el artículo 68 del Real Decreto 1093/1997 exige al solicitante de la medida que acompañe su solicitud con una certificación registral de dominio y cargas.

Asimismo, en la solicitud el actor deberá ofrecer la prestación de una caución, especificando de qué clase o clases propone constituir la y justificando el importe de la misma (art. 68 del Real Decreto 1093/1997).

4.1.4. *Momento y forma de la solicitud*

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 83 y 129 LJCA, y 61 y 70 del Real Decreto 1093/1997, la medida cautelar de anotación preventiva se podrá solicitar en los siguientes momentos procesales:

- a) En el momento de presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo (art. 129-1 LJCA y 67 del Real Decreto 1093/1997), en el propio escrito de interposición o en un escrito independiente que se adjuntará al mismo.
- b) En el momento de interposición de la demanda correspondiente en el proceso (arts. 129-1 LJCA, y 67 y 70 del Real Decreto 1093/1997), en la propia demanda —mediante *otrosí*— o en un escrito independiente que se adjuntará a la misma (145).

(143) Así, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 97, y TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1083.

(144) Así, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 97; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., págs. 1310 y 1329; y LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 746.

(145) Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2070; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1309; y ARNÁIZ EGUREN, R.,

- c) *En un escrito independiente, en cualquier momento desde la interposición de la demanda y hasta que se dicte sentencia, ya que los artículos 129-1 LJCA, y 67 del Real Decreto 1093/1997, permiten la solicitud «en cualquier estado del proceso» o «después» de la presentación del escrito de interposición, respectivamente, y el artículo 129-2 LJCA sólo exige que la solicitud de la medida deba efectuarse en el escrito de interposición o en la demanda cuando se impugne una disposición general y se solicite la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados (146).*
- d) *En un escrito independiente, una vez se haya dictado una sentencia y haya sido apelada, pues el artículo 83-2 LJCA autoriza que cuando una sentencia haya sido apelada —en ambos efectos, salvo que se disponga expresamente lo contrario, según el art. 83-1 de la misma norma—, «el Juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia, atendiendo a los criterios establecidos en el capítulo II del Título VI».*
En este caso, con la medida cautelar solicitada se pretenderá garantizar, o bien la efectividad de la sentencia que haya sido dictada en la primera instancia, o bien la efectividad de la sentencia que se pueda dictar en la segunda instancia, si en este segundo supuesto es estimado el recurso de apelación (147).
- e) *En un escrito independiente, una vez se haya dictado una sentencia y cuando contra la misma se haya interpuesto recurso de casación (arts. 129 LJCA y 67 del Real Decreto 1093/1997) (148).*

Urbanismo..., cit., pág. 27, quien, con anterioridad a esta normativa reglamentaria, defendía la posibilidad de anotar también la demanda del proceso contencioso-administrativo.

(146) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2033 y 2071, esp. pág. 2033, destaca que la medida cautelar podrá ser solicitada «tanto en primera instancia como en grado de apelación. Esto es, desde que el proceso existe por haberse deducido el escrito de interposición hasta que se dicta sentencia firme», pues «si, una vez adoptada una medida cautelar, estará en vigor "hasta que recaiga sentencia firme", parece evidente que también podrá solicitarse hasta que llegue este momento». También así, PERA VERDAGUER, F., *Comentarios...*, cit., pág. 792; DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1004; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., págs. 1308-1310; OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 377; GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., pág. 1039; y TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1019 y 1082.

(147) Vid. DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1005.

(148) Así, GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., pág. 1039. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Observaciones...*, cit., pág. 273, no ve muy factible esta posibilidad, ya que «el Tribunal Supremo suele negar que el trámite extraordinario de la casación «no es un estado del proceso» en el que quepa solicitar y otorgar medidas cautelares, negándose a entrar en la

Esta conclusión no ha sido compartida por el ATS (Sala 3.^a, Sección 1.^a), de 3 de diciembre de 1999 (149), que, siendo continuista con la orientación jurisprudencial del Tribunal Supremo, en un supuesto en el que se interpuso recurso de casación en un proceso sobre reversión de un determinado solar y en el que se solicitó la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda que se presentó en el recurso, subsidiariamente la de prohibición de disponer de dicha finca y, por último, también subsidiariamente la anotación preventiva de la sentencia recurrida, denegó la tutela cautelar, destacando que «las medidas cautelares persiguen únicamente el aseguramiento de la efectividad de la sentencia que se dicte, por lo que en el presente caso al haberse dictado el 6 de mayo de 1998, la sentencia correspondiente por el Tribunal *a quo*, no procede la adopción de las mismas, ya que la posibilidad legal de ejecución provisional o anticipada de la sentencia recurrida en casación desplaza hacia el incidente en que se decida sobre tal ejecución, a suscitar y resolver en la Sala de instancia —art. 91 de la nueva Ley Jurisdiccional—, las cuestiones atinentes a las cautelas o medidas de protección precautoria de los derechos que pudieran ser reconocidos por una eventual sentencia estimatoria del recurso de casación pendiente».

Este auto, a mi entender, es doblemente criticable, pues, por una parte, desconoce la posibilidad prevista especialmente por el artículo 129-1 LJCA, y, por otra parte, confunde las medidas cautelares con las medidas o cauciones previstas en el artículo 91-1 de la misma norma para evitar, paliar o indemnizar los perjuicios que se puedan derivar de la ejecución provisional de la sentencia recurrida en casación. Por otra parte, tampoco tiene en cuenta que, en un caso similar —cuando se haya interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada— la Ley establece la posibilidad de acudir a la tutela cautelar o a la ejecución provisional de la sentencia recurrida (arts. 83-2 y 84-1 LJCA) (150).

materia, simplemente». Tampoco se muestra partidario de la misma TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1056 y 1082, esp. pág. 1056, para quien la solicitud de medidas cautelares «culmina con la expiración de los recursos ordinarios, es decir, no permite interesar dicha suspensión en sede de recurso extraordinario de casación, quedando limitado el debate en dicha sede a la legalidad de la decisión de instancia en la correspondiente pieza de suspensión, previo recurso de súplica».

(149) BDA, m. RJ 1999/10209.

(150) A mi modo de ver, PECES MORATE, J. E., *Tutela...*, cit., pág. 186, se contradice, pues, por un lado, afirma que «toda la doctrina jurisprudencial expuesta resulta de lógica aplicación al recurso de apelación, ya que existe identidad de razón para que así sea, de manera que, recurrida en apelación una sentencia (art. 83.1), no cabe solicitar ante la Sala de segunda instancia la adopción de medida cautelar alguna, sino que lo procedente será

Siguiendo a ORTELLS RAMOS, la tutela cautelar es posible «incluso cuando existe sentencia provisionalmente ejecutable. La ejecución provisional es una posibilidad procesal de parte (arts. 84.1, 91.1), no una carga, cuya falta de asunción le impediría incluso solicitar medidas cautelares. La parte favorecida por la sentencia puede optar entre pedir la ejecución provisional de la misma o la adopción de medidas cautelares (así, expresamente, en el art. 83.2), lo que es lógico, dado que con lo primero asume una mayor responsabilidad para el caso de revocación de la sentencia, mientras que las medidas cautelares pueden ser suficientes» (151).

En definitiva, el hecho de que se pueda solicitar la medida cautelar en fase de recurso (152) conlleva la posibilidad de «optar entre la ejecución provisional de la sentencia (...) o, alternativamente, acudir al sistema de justicia cautelar, siempre que fuese la parte favorecida por el contenido del fallo y exclusivamente a este último cuando no fuese ésta» (153).

Y, por lo expuesto, tampoco cabrá sostener que la posibilidad de solicitar la ejecución provisional de una sentencia no firme implique el alzamiento de la medida cautelar previamente acordada. Eso sí, si se ha solicitado la ejecución provisional de la sentencia, su otorgamiento hará innecesaria la solicitud de tutela cautelar o el mantenimiento de las medidas cautelares ya adoptadas, debiendo procederse,

instar del juez que la dictó en la primera su ejecución provisional, a la que accederá o no en atención a los criterios legales fijados por el artículo 84 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio», mientras que, en el párrafo siguiente, escribe que «la parte interesada, una vez pronunciada sentencia en primera instancia, tiene las dos opciones previstas en los artículos 83.2 y 84 de la nueva Ley. Conforme al primero está facultada para, en cualquier momento, pedir al juez la adopción de medidas cautelares que aseguren la ejecución de la sentencia, las que habrán de adoptarse conforme a lo dispuesto en los artículos 129 a 136 de la misma, o bien, de acuerdo con el segundo, puede solicitar la ejecución provisional de la sentencia en la forma permitida».

(151) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 97 y 98.

En sentido contrario al aquí defendido, se ha pronunciado PECES MORATE, J. E., *Tutela...*, cit., pág. 167, al escribir que «la continuidad en la orientación jurisprudencial me parece plausible porque no se ha transformado con la nueva Ley el sistema de medidas cautelares, de ejecución provisional de sentencias y de recursos perfilado por la jurisprudencia, lo que constituye razón suficiente para proseguir con el mismo criterio, ya que el significado de la aludida expresión «cualquier estado del proceso» no es otro que el proceso seguido en primera o única instancia, dado que la sentencia dictada en éstas es susceptible de ejecución provisional».

(152) Esta posibilidad la admiten, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso...*, cit., pág. 627; CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 311; y ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 27, quien defiende que el órgano jurisdiccional competente podrá proveer sobre la anotación incluso en el momento procesal «del recurso ante el tribunal *ad quem*, en los casos de revisión jurisdiccional de la decisión de tribunales inferiores».

(153) CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 311, nota 58.

en su caso, a su alzamiento por aplicación del artículo 132-1, *in fine*, LJCA, según el cual las medidas cautelares podrán ser revocadas durante el curso del procedimiento si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se hayan adoptado, y una nueva circunstancia puede ser que el órgano jurisdiccional haya acordado la ejecución provisional de la sentencia recurrida (154).

- f) Incluso, como se verá más adelante, es posible que en un escrito independiente se solicite como medida cautelar la anotación preventiva de una sentencia firme (155).

Lo que no será posible es solicitar *ante causam* la adopción de una anotación preventiva cautelar, pues esa posibilidad tan sólo está prevista para las medidas cautelares del artículo 136 LJCA (156).

4.1.5. Solicitud de habilitación de días inhábiles

También se debe destacar que el artículo 128-3 LJCA prevé que, «en casos de urgencia, o cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario, las partes podrán solicitar al órgano jurisdiccional que habilite los días inhábiles (...) en el incidente de suspensión o de adopción de otras medidas cautelares. El Juez o Tribunal oír a las demás partes y resolverá por auto, en el plazo de tres días, acordando en todo caso la habilitación cuando su denegación pudiera causar perjuicios irreversibles».

4.2. ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

Cuando la medida cautelar se solicite bajo la pendencia del proceso principal será competente para decidir sobre su adopción el órgano jurisdiccional

(154) Así, TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., págs. 1308 y 1331, y PECES MORATE, J. E., *Tutela...*, cit., págs. 168-170, esp. pág. 170, quien advierte que «el número segundo del citado artículo 132 no es un obstáculo a la pérdida de eficacia de las medidas cautelares cuando se ha accedido a la ejecución provisional de la sentencia, ya que la inmodificabilidad de aquéllas, que tal precepto declara, sólo guarda relación con el análisis de las cuestiones de forma o de fondo que configuran el debate o con la modificación de los criterios de valoración tenidos en cuenta para acceder a ellas, lo que lógicamente hace referencia a la sustanciación del proceso en primera o única instancia antes de dictarse sentencia».

(155) Así, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2036-2037.

(156) La anotación preventiva no se podrá solicitar *ante causam*, ya que el artículo 136 LJCA sólo permite esta posibilidad cuando la pretensión se deduzca en relación con la inactividad de la Administración (art. 29 LJCA) o vía de hecho (art. 30 LJCA), y este tipo de pretensiones no entran, en principio, dentro de las situaciones jurídicas cautelables de la anotación.

que esté conociendo de dicho proceso, ya que el artículo 7-1 LJCA atribuye al mismo la competencia funcional para conocer de todas las incidencias de ese proceso.

Cuando la petición de medida cautelar se formule cuando el proceso principal esté en fase de recurso, la competencia funcional corresponderá al órgano jurisdiccional *a quo* por aplicación de los artículos 83-2 y 91-4 LJCA. El primer precepto citado dispone que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo podrá adoptar medidas cautelares aunque se haya interpuesto recurso de apelación en ambos efectos contra la sentencia del proceso principal. El segundo establece que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia, cuando tenga por preparado un recurso de casación deje testimonio bastante de los autos y de la resolución recurrida a los efectos de la ejecución provisional de dicha sentencia. Si la competencia funcional para la ejecución provisional se atribuye al órgano jurisdiccional *a quo*, idéntica solución habrá que aplicar, analógicamente, para la tutela cautelar (157).

A esta conclusión ha llegado el ATS (Sala 3.^a), de 16 de febrero de 1999 (Recurso 10012/1997) (158), al resolver que no corresponde a la Sala 3.^a del TS, sino al órgano jurisdiccional *a quo*, decidir sobre la adopción de medidas cautelares cuando su sentencia haya sido recurrida en casación:

(...) una cosa es que en cualquier estado del proceso deba ser posible, como posibilidad genérica o institucional, la dispensa u otorgamiento de la tutela cautelar, y otra distinta, diferenciada de ella, la identificación del órgano judicial que en cada estado de aquél haya de tenerse competente para tal función.

En este punto, la interpretación sistemática y lógica de las normas aplicables conduce a entender que, aun estando pendiente un recurso devolutivo, es sin embargo el órgano *a quo* el que conserva la competencia para decidir en ese

(157) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 98, para quien «sería un contrasentido que las medidas cautelares debieran ser solicitadas del Tribunal Supremo si está conociendo del recurso de apelación interpuesto en el proceso».

Por el contrario, DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1000, entienden que será competente para conocer de la solicitud cautelar en fase de apelación el órgano jurisdiccional que conozca de la apelación, si la pretensión cautelar consiste en el aseguramiento de la sentencia que pueda recaer en esa segunda instancia, apoyándose en los artículos 10-2 y 11-2 LJCA, o el órgano jurisdiccional que haya conocido de asunto en primera instancia, si la adopción de la cautelar pretende garantizar la efectividad de la sentencia recaída en esa instancia procesal, partiendo del artículo 83-2 LJCA.

A mi modo de ver, tal razonamiento no es correcto, pues los artículos 10-2 y 11-2 LJCA regulan la competencia para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones promovidas contra las sentencias y los autos dictados por los órganos jurisdiccionales unipersonales, cuando es por todos conocido que la apelación contra el auto que se pronuncia sobre la adopción de una medida cautelar no abre una segunda instancia.

(158) En CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., *Reflexiones...*, cit., págs. 121-123.

ámbito de la tutela cautelar, siendo por tanto ante él ante quien ha de deducirse la pretensión correspondiente.

Así, si se observa la regulación que la nueva Ley de la Jurisdicción dedica al recurso de apelación en sus artículos 81 y siguientes, se aprecia en la dicción del artículo 83.2 que es el Juez quien, no obstante, la admisión de la apelación en ambos efectos, y como facultad separada y por tanto diferenciada a la de la ejecución provisional de la que se ocupa el artículo 84, puede en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar la ejecución de la sentencia. Pero además de la dicción de los preceptos, es también el criterio lógico el que conduce a la conclusión dicha, pues no tendría sentido que el tribunal de apelación pudiera estar decidiendo sobre la adopción de medidas cautelares mientras que el juez pudiera adoptar medidas contradictorias para garantizar la efectividad de la sentencia o acordar una ejecución provisional de ésta incompatible con aquéllas.

Y si ello es así, en sede del recurso de apelación, con mayor fuerza ha de serlo en el de casación, pues a la razón lógica antes dicha, se une ahora la que deriva de la naturaleza de este recurso extraordinario, cuyo objeto no es el examen de nuevo, sin limitación alguna, de la totalidad de los aspectos jurídicos y fácticos de la cuestión planteada, sino el más limitado de enjuiciar, en la medida en que se denuncien a través de los motivos de casación, las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano jurisdiccional *a quo*, bien sea *in iudicando*, es decir, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia al resolver las cuestiones objeto de debate, bien sea *in procedendo*, esto es, quebrantando normas procesales que hubieran debido ser observadas. Como bien se comprende, esa especial naturaleza del recurso de casación no admite, sin riesgo de distorsión, que el órgano judicial entre en contacto con un elenco de datos y aspectos del proceso, tanto fácticos como jurídicos, que siendo de necesaria valoración en la toma de la decisión cautelar, serán sin embargo en gran medida ajenos al objeto propio de aquel recurso.

En conclusión, es el órgano judicial *a quo*, bien en sede del instituto propiamente de las medidas cautelares, bien en la del atinente a la ejecución provisional de la sentencia, el competente para satisfacer la exigencia institucional de que en cualquier estado del proceso pueda deducirse y en su caso atenderse una pretensión de tutela cautelar.

4.3. LA AUDIENCIA DE LA PARTE CONTRARIA Y DE LOS TITULARES REGISTRALES

La norma procesal contencioso-administrativa ha establecido dos diferentes formas o modos de contradicción en el proceso cautelar:

- a) Estableciendo una contradicción previa a la adopción de la medida cautelar, que se articula a través de la audiencia prevista en el artículo 131 LJCA.
- b) Introduciendo una contradicción diferida pero preceptiva mediante la comparecencia contemplada en el artículo 135 LJCA.

4.3.1. *La contradicción previa como regla general ex artículo 131 LJCA*

Admitida la solicitud cautelar se formará una pieza separada (159) y del escrito de solicitud de la medida cautelar se dará traslado a la parte contraria que se haya personado para que en un plazo máximo de diez días pueda formular alegaciones defensivas (160) por escrito (161), pidiendo la denegación de la medida solicitada o su adopción, pero con la adopción de alguna de las contracautelas previstas en el artículo 133-1 LJCA (162).

En el propio artículo 131 de la misma norma se precisa que, cuando la Administración demandada aún no haya comparecido, «la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada», sin necesidad, por lo tanto, de actuar dicho órgano con postulación técnica (163). Cuando la Administración demandada ya haya comparecido, el trámite de audiencia se realizará con el letrado correspondiente (art. 447 LOPJ). Con esta medida se persigue no demorar en exceso la decisión sobre la adopción o no de la medida cautelar.

Como se ha apuntado, «al no preverse el supuesto de que no hubiesen comparecido los codemandados, según el artículo 21.1.b) —que será lo normal cuando la petición cautelar se formule al iniciarse el proceso—, no se les dará audiencia, lo que constituye una infracción del principio de contradicción cuando se trate propiamente de demandados —no de terceros intervinientes—, ya que serán los principales afectados —y a veces gravemente— por la cautela

(159) Por lo tanto, la tramitación del incidente cautelar carecerá de efecto suspensivo respecto del proceso principal.

(160) Como señalan TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1329, y GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., págs. 1097-1098, estas alegaciones defensivas podrán versar tanto sobre la ausencia de los presupuestos exigibles para la adopción de la medida como sobre la concurrencia de algún presupuesto obstativo a dicha adopción —la perturbación grave de los intereses generales o de tercero—.

(161) Aunque el artículo 131 LJCA utiliza la expresión «con audiencia de la parte contraria», lo que podría llevar a pensar que la contradicción se debería articular en una comparecencia oral, la doctrina entiende que el significado de dicha expresión legal es el de que la parte contraria podrá formular alegaciones defensivas por escrito. Así, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 99; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1328; y LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., págs. 746-747. Por el contrario, OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 378, defiende que se deberá convocar a las partes a una audiencia.

(162) En este último caso la parte contraria deberá alegar los perjuicios de cualquier naturaleza que se puedan derivar de la ejecución de la medida cautelar, al efecto de que el órgano jurisdiccional adopte las medidas adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios o la caución o garantía que estime suficiente para responder de los mismos.

(163) Esta precisión, como destaca LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 747, «resuelve el problema que puede presentarse al poder solicitarse la medida cautelar después de la interposición del recurso o con la demanda (...), es decir, en un momento anterior a la personación de la Administración, la cual se produce con la remisión del expediente administrativo (art. 50.2)».

que se adopte, al impedirles el ejercicio de los derechos reconocidos en el acto administrativo en relación al cual se formule la pretensión» (164).

En el mencionado escrito la parte contraria deberá acreditar las alegaciones de hecho realizadas, bien remitiendo al expediente administrativo y a los autos principales, bien presentando principios de prueba documentales o periciales —informes—, ya que, como se ha comentado con anterioridad, no está contemplada la práctica de otros medios de prueba.

No me parece ajustada a Derecho la opinión doctrinal (165) y la práctica jurisprudencial (166) que defiende, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, la posibilidad de articular la contradicción de las partes a través de alegaciones orales en una vista, o de abrir un período probatorio en casos puntuales.

A mi juicio, el mismo trámite procedimental se deberá seguir para que se cumpla el requisito —establecido por el art. 68 del Real Decreto 1093/1997— de que sean oídos, en todo caso, el titular registral de la finca y los que según la certificación registral sean titulares de derechos y cargas que consten en la misma, cuando no intervengan como demandantes o demandados.

Esta última exigencia viene establecida por un precepto de naturaleza reglamentaria, que, por el principio de legalidad procesal, no puede regular cuestiones de tipo procesal. No obstante, se debe señalar que dicha audiencia —al menos la relativa al titular registral de la finca— viene impuesta por el principio de legitimación recogido en el artículo 38 LH y, sobre todo, por el principio de tracto sucesivo a que se refiere el artículo 20.I de la misma norma. Estos preceptos imponen al Registrador la no práctica de la anotación en el registro si no ha sido oído el titular registral de la finca sobre la que se haya de extender aquélla.

4.3.2. *La contradicción diferida pero preceptiva como excepción ex artículo 135 LJCA*

El artículo 135 LJCA faculta al órgano jurisdiccional para que, previa petición del solicitante de la medida (167) y «atendidas las circunstancias de

(164) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2072.

(165) Vid. RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., pág. 341.

(166) Así, el ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 de julio de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 341-342 y 359-360).

(167) Quien deberá alegar y acreditar la concurrencia de las circunstancias de especial urgencia.

El ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 2 de septiembre de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 358-359), denegó la adopción de una medida cautelar provisionalísima porque la parte solicitante no había justificado la urgente necesidad de la misma.

especial urgencia que concurran en el caso» adopte la medida cautelar «sin oír a la parte contraria».

Pero, para garantizar el respeto del contradictorio, ese mismo precepto prescribe que de oficio, «en la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse, dentro de los tres días siguientes, sobre levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada».

En esa comparecencia, la parte contraria podrá formular alegaciones defensivas oralmente, pidiendo el alzamiento de la medida adoptada o su mantenimiento, pero con la adopción de alguna de las contracautelas previstas en el artículo 133-1 LJCA o con un incremento o una mejora, cuantitativo o cualitativo, de dichas contracautelas, según los casos. Las alegaciones de hecho realizadas deberán ser acreditadas, bien remitiendo al expediente administrativo y a los autos principales, bien presentando principios de prueba documentales o periciales —informes—.

Las circunstancias de especial urgencia comprenden aquellos supuestos en los que la conducta constitutiva del peligro en la demora, que afectará a la efectividad de la sentencia, se está ya incoando o preparando, es decir, cuando «la producción de los efectos de la actuación administrativa impugnada es inminente, puede consumir el daño al derecho o interés antes de que pueda proveerse sobre la medida cautelar por la vía procedimental ordinaria» (168).

Tampoco, según mi parecer, es conforme a Derecho la opinión doctrinal (169) y la práctica jurisprudencial (170) que permite acordar la improcedencia de adoptar la medida cautelar sin oír a la parte contraria pero, para no demorar la tramitación del incidente y su resolución, considera posible citar a las partes a una comparecencia, en un término breve, para resolver lo antes posible sobre la medida cautelar pero sin carácter provisionalísimo.

Respecto de las anotaciones preventivas cautelares en el proceso civil se debe señalar que el peligro en la demora que las mismas tratan de conjurar puede actualizarse, con facilidad y rapidez, en el supuesto de que el juez resuelva sobre la petición de medidas cautelares previa audiencia de la parte demandada.

Por ello he defendido que «para evitar que el demandado pueda realizar rápidos actos de disposición fraudulenta que podrían minar la eficacia de la anotación preventiva cautelar y de la eventual sentencia estimatoria de la

(168) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 99. Para TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1346, estas circunstancias de especial urgencia se darán cuando la espera derivada de la tramitación del incidente por el cauce ordinario del artículo 131 LJCA pueda frustrar la viabilidad de la pretensión que fundamenta el recurso.

(169) Vid. RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 341 y 357.

(170) Así, el ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 de julio de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 341-342 y 359-360).

pretensión interpuesta, entiendo que —invirtiendo la previsión legislativa— la regla general debería ser la adopción de esta medida cautelar sin audiencia previa al demandado, ya que atendiendo a la idiosincrasia de dicha medida cautelar —que se ha podido comprobar al estudiar el presupuesto del *periculum in mora* y los efectos de la misma— tal audiencia previa puede comprometer y frustrar su efectividad» (171).

Sin embargo, en el proceso contencioso-administrativo no será posible mantener la argumentación anterior porque esas circunstancias de especial urgencia no contemplan el supuesto de que «para la efectividad de las medidas acordadas sea necesario sorprender al sujeto pasivo de las mismas —que podría hacerlas inocuas si conociera de antemano su solicitud—» (172). Como argumento a favor de lo expuesto, recuérdese la distinción realizada por el artículo 733-2.I LEC, según el cual el órgano jurisdiccional podrá adoptar la medida cautelar sin previa audiencia del demandado, «cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar».

Por otra parte, señalar que la concurrencia de razones de especial urgencia que hagan posible la adopción de la anotación preventiva sin previa audiencia de la parte contraria, se compagina mal con el requisito, recogido en el artículo 68 del Real Decreto 1093/1997, de «haber oído, en todo caso, al titular registral de la finca y a los que según la certificación sean titulares de derechos y cargas que consten en ésta». Si se ha de cumplir este requisito carecerá de sentido, en no pocas ocasiones, acudir a la posibilidad procedimental excepcional prevista por el artículo 135 LJCA.

Por último, destacar que el órgano jurisdiccional ante el que se haya solicitado la adopción de la medida cautelar, sin previa audiencia de la parte contraria por la supuesta existencia de circunstancias de especial urgencia, puede hacer tres cosas:

- a) Entender que dichas circunstancias de especial urgencia concurren, y adoptar la medida cautelar *inaudita altera parte*. En este caso se articulará la señalada contradicción diferida pero preceptiva.
- b) Considerar que tales circunstancias no se dan en el caso y dar traslado de la solicitud cautelar a la parte contraria al amparo del artículo 131 LJCA, para resolver sobre la medida cautelar solicitada des-

(171) MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 567-568.

(172) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 99. También así, DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1055, para quienes el artículo 135 LJCA se refiere «a los supuestos en que, debido a que el *periculum in mora* es inminente, la adopción de medidas cautelares conforme al procedimiento general sería tardía y, consecuentemente, ineficaz».

pués de haber oído a dicha parte (173). Esta última resolución cautelar podrá ser recurrida según las reglas generales que más abajo se especifican.

- c) Denegar la adopción de la medida cautelar por entender que la solicitud cautelar es infundada sin necesidad de oír a la parte contraria, es decir, porque no se dan los presupuestos que justifican la adopción de la medida cautelar. En este caso, la resolución cautelar también podrá ser recurrida según las mencionadas reglas generales.

4.4. RESOLUCIÓN JUDICIAL SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR

La resolución judicial sobre la medida cautelar deberá adoptar la forma de auto (arts. 131 y 135 LJCA).

La exigencia impuesta por el artículo 130-1 LJCA de valorar circunstanciadamente todos los intereses en conflicto para decidir sobre la adopción de la medida cautelar debe quedar reflejada en la motivación de la resolución cautelar. Asimismo, en la motivación del auto se deberá hacer referencia a la concurrencia o no de los restantes presupuestos que posibilitan la adopción de la medida cautelar (174).

El órgano jurisdiccional, en el auto que decida sobre la adopción de una medida cautelar *inaudita altera parte*, además de motivar la concurrencia de los presupuestos generales, deberá explicar por qué ha entendido que se daban en el caso concreto circunstancias de especial urgencia que han justificado resolver sobre la medida cautelar sin oír a la parte contraria.

El deber de congruencia de la resolución judicial respecto de la solicitud cautelar no implica que «si la medida pedida no es estimada procedente, el Juez sólo podrá desestimarla», sino que «es congruente conceder la medida con contracautelas específicas y genéricas (caución) (arts. 133.1 y 2), concesión que no se entiende como pronunciamiento sobre un *aliud*, sino como concesión de menos de lo pedido» (175).

(173) Sin embargo, el ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 2 de septiembre de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 358-359), denegó la medida provisionalísima, «sin perjuicio de que la parte pueda instar la oportuna medida cautelar ordinaria».

(174) Así, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 77 y 101. Véanse también, al respecto, LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 738; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., págs. 1329 y 1347-1348; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2072; PERA VERDAGUER, F., *Comentarios...*, cit., pág. 795; OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 378; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso...*, cit., pág. 628.

(175) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 97.

4.5. RECURSOS CONTRA LA RESOLUCIÓN JUDICIAL SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR

Para estudiar al régimen de los recursos debemos distinguir dos supuestos:

- a) Cuando la medida cautelar haya sido adoptada con audiencia previa de la parte contraria

En este caso si la resolución —estimatoria o no— fue dictada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo contra la misma cabrá recurso de apelación en un único efecto —el devolutivo, de modo que sus efectos serán inmediatos— [art. 80.1.a) LJCA], con independencia de que contra la sentencia dictada en el proceso principal quepa o no recurso de apelación.

No obstante, se debe señalar qué postura contraria ha seguido la STSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo; Sección 2.^a), de 29 de septiembre de 1999 (176), al inadmitir el recurso de apelación contra la resolución cautelar por no ser apelable la sentencia del proceso principal:

Primero.—(...) Se recurre en apelación el auto de fecha 25 de marzo de 1999, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 2 de Bilbao, en el procedimiento ordinario 89/99, sobre adopción de medida cautelar.

Tramitado el referido recurso de apelación y en virtud de las facultades que concede al Tribunal el artículo 33.2 LRJCA, se acordó oír a las partes sobre la posible inadmisibilidad del citado recurso, al dictarse la resolución impugnada en procedimiento cuya cuantía no excede de tres millones de pesetas.

Ambas partes, apelante y apelado, mantienen que los autos recaídos en la pieza de medidas cautelares, adoptando o denegando la medida, son susceptibles de recurso de apelación en virtud de lo dispuesto en el artículo 80.1.a) LRJCA.

Segundo.—El artículo 80 de la ley, en su apartado primero, dispone que cabe recurso de apelación en un solo efecto, en determinados supuestos, contra los autos dictados en procesos de los que los juzgados conozcan «*en primera instancia*». Esta expresión es significativa, por cuanto la misma induce a interpretar que se refiere a aquellas cuestiones en que cabe más de una instancia, es decir, aquellas cuestiones en que cabe recurso de apelación conforme a lo dispuesto en el artículo 81. Abona esta tesis el hecho de que el número 2 del mismo artículo 80 establece que «en todo caso» serán apelables otros autos dictados en los supuestos que concreta. Con ello se resalta que al afirmar «en todo caso» está afirmando que en el número anterior no lo es en todo caso, pues si no sería innecesaria esta matización. Incluso cuando se afirma que en todo caso son apelables los autos dictados en aplicación de los artículos 110 y 111, es claro que a la vista de dichos preceptos, son casos en los que el recurso

(176) En RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 369-370.

de apelación respecto de los autos principales no cabrá en la mayoría de los supuestos.

El artículo 80 de la Ley, pues, admite la apelación de los autos que ponen término a la pieza de suspensión, cuando se trate de un procedimiento del que se conoce en primera instancia, es decir, procedimiento respecto del cual cabe el recurso de apelación por aplicación de lo dispuesto en el artículo 81.

Aparte lo anterior, también cabe sentar la premisa de que el recurso de apelación, respecto de las incidencias de un procedimiento, será admisible cuando el procedimiento tenga la posibilidad de impugnación.

En el presente caso, no existe controversia en cuanto que la cuantía del procedimiento no excede de tres millones de pesetas, por lo que debe inadmitirse el recurso de apelación, siendo firme el auto impugnado.

A mi modo de ver, la conclusión a la que llega la resolución anterior no es correcta, pues, por una parte, el artículo 80 LJCA no contiene la limitación que establece el artículo 87.1 LJCA, según el cual sólo serán recurribles en casación determinados autos en los supuestos del artículo 86 de la misma norma —que establece cuándo es recurrible en casación la sentencia dictada en el proceso principal—, y, por otro lado, la expresión «en todo caso» del artículo 80-2 LJCA, se debe entender en el sentido de que los autos a que se refiere dicho precepto son recurribles aunque no se den los casos específicamente previstos en las diversas letras del artículo 80-1 de dicho texto legal.

Cuando la resolución —estimatoria o no— haya sido dictada por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional será recurrible mediante casación, siempre y cuando quepa recurso de casación contra la sentencia del proceso en que se haya adoptado la medida cautelar [art. 87.1.b) LJCA] (177).

(177) Los ATS (Sala 3.^a), de 24 de septiembre de 1999 (BDA, m. RJ 1999/7510), y de 7 de mayo de 1999 (BDA, m. RJ 1999/4938) inadmitieron sendos recursos de casación en los que se impugnaban dos autos en los que se denegaba la adopción de la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo porque, con arreglo a la normativa procesal en ese momento vigente, sólo cabía recurso de casación en materia de medidas cautelares contra los autos que pusieran fin a la pieza separada de suspensión.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso...*, cit., pág. 630, destaca que «esta ejecución inmediata del auto cautelar, que es todo su sentido, podría ponerse en cuestión, falseando toda la institución, si se entendiese que el recurso de casación que es admisible contra el mismo (siempre que el proceso principal en que la medida cautelar se produja sea recurrible por su objeto y cuantía), según el artículo 87.1.b) LJ, tuviese efecto suspensivo por sí solo. Esta conclusión absurda fue obviada por la jurisprudencia interpretativa del antiguo artículo 125 de la LJ de 1956 (Auto de 30 de junio de 1971) y así debería interpretarse con la LJ actual, aunque nada se dice al respecto. En todo caso, será prudente formular, cuando la casación haya sido admitida, la petición de ejecución provisional ante la Sala *a quo*, que deberá ser otorgada por ésta automáticamente si no se quiere desvirtuar totalmente la institución cautelar». Este mismo autor, *Observaciones...*, cit., págs. 271-276, considera que la admisión del recurso de casación en ambos efectos, según resulta del

Cuando la medida cautelar la acuerde la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la resolución cautelar sólo será susceptible de recurso de súplica, «sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada, salvo que el órgano jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte, acuerde lo contrario» (art. 79-1 LJCA).

- b) Cuando la medida cautelar haya sido adoptada sin audiencia previa de la parte contraria

Ante esta circunstancia, contra la resolución judicial que adopte la medida cautelar no cabrá recurso alguno, al estar prevista una contradicción deferida pero preceptiva. La resolución dictada en esa comparecencia será recurrible según las reglas generales arriba expuestas (art. 135 LJCA).

Si la resolución cautelar no concede la medida cautelar cabe distinguir dos supuestos:

En primer lugar, si no se concede la medida cautelar por motivos de fondo, contra la resolución judicial cabrán los recursos examinados en el apartado a).

régimen del artículo 91 LJCA, priva de ejecutoriedad a la resolución cautelar y constituye un flagrante vicio de inconstitucionalidad por infracción del artículo 24-1 CE. Este autor propone como solución alternativa la petición de ejecución provisional de la sentencia recurrida según el mencionado artículo 91 LJCA, pero descarta dicha solución porque contra el auto que otorga la ejecución provisional cabe recurso de casación —art. 87.1.d) LJCA— en dos efectos, por lo que propone una reforma legal en el sentido de admitir recurso de casación contra la resolución que adopte una medida cautelar pero en un solo efecto.

CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 320, siguiendo al autor anterior, también sostiene que, dado que el recurso de casación podría tener efecto suspensivo por sí solo, hay que rechazar este efecto para no desvirtuar la institución cautelar. También así, GÓNZALEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 1622 y 2076, nota 4, y PECES MORATE, J. E., *Tutela...*, cit., págs. 159-160 y 173.

En otro orden de cosas, CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., *Reflexiones...*, cit., pág. 121, ha destacado que se puede plantear el problema de que en la fase inicial del proceso —que es cuando normalmente se solicita la tutela cautelar y se resuelve sobre la misma— no resulten conocidos todavía los datos procesales necesarios para saber si contra la sentencia del proceso principal cabrá, o no, recurso de casación.

Este mismo autor, *Reflexiones...*, cit., págs. 124-130, recoge diversas resoluciones del Tribunal Supremo, adoptadas bajo la vigencia de la ley procesal anterior, que entienden que no corresponde a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por vía casacional —en referencia a la casación por motivos de fondo, es decir, por vicios *in iudicando*— el control de los juicios de las Salas de instancia sobre la existencia de los presupuestos para la adopción de una medida cautelar, en el supuesto concreto sometido a su decisión, ya que el recurso de casación no puede fundarse en el error de hecho en que hubiese podido incurrir el órgano jurisdiccional de instancia al valorar las circunstancias del caso, salvo que se aduzca la infracción de normas o criterios jurisprudenciales acerca del valor tasado de un determinado medio de prueba.

En segundo lugar, si la medida no es adoptada por no concurrir circunstancias de especial urgencia, la resolución no es recurrible, porque no pone término a la pieza separada de medidas cautelares, pero, previa audiencia de la parte contraria, la resolución judicial que entonces se dicte será recurrible de acuerdo con las normas expuestas en el apartado a) [arts. 80-1.a) y 87-1.b) *a sensu contrario*] (178).

4.6. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DURANTE EL CURSO DEL PROCEDIMIENTO

El artículo 132-1 LJCA prevé que las medidas cautelares «podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado». Este precepto plantea el problema de determinar qué tipo o clase de circunstancias posibilita un nuevo pronunciamiento sobre la medida cautelar ya resuelta por resolución firme.

Para ello se debe partir del artículo 132-2 LJCA, que advierte que «no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar». En consecuencia, sólo será posible ese nuevo pronunciamiento cuando el mismo se solicite con fundamento en nuevos datos de hecho —hechos nuevos, no simples nuevos medios de acreditamiento o de prueba— acontecidos con posterioridad al supuesto fáctico que pudo ser considerado por aquella resolución firme (179),

(178) Así, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 101.

(179) En este sentido, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 102. Este mismo autor, *La tutela...*, cit., pág. 81, pone de manifiesto que del precepto transcrito se deduce la nula influencia de las variaciones en la apreciación del *fumus boni iuris* sobre la estabilidad de la medida cautelar ya acordada.

Vid. también LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., págs. 736 y 747, esp. pág. 736, quien señala que se podrán modificar o revocar las medidas ya adoptadas, «pero sólo por circunstancias externas al proceso (...), impidiendo dicho cambio o revocación por modificación de las circunstancias internas, es decir, por el cambio de criterio del juzgador con base en el avance del proceso y, por lo tanto, por nuevos elementos de juicio que pueda adquirir el órgano jurisdiccional sobre el objeto del proceso», y critica la regulación legal, aduciendo que «el presupuesto de la apariencia del derecho debería permitir la modificación de las medidas acordadas»; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Observaciones...*, cit., pág. 275, para quien el *fumus boni iuris* debería jugar a la hora de modificar o revocar las medidas cautelares; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1334, para quien la solución legal puede perpetuar situaciones manifiestamente injustas generadoras de perjuicios; GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., pág. 1098, para quien hubiera sido

o, incluso, en datos de hecho anteriores a ese momento pero descubiertos con posterioridad (180).

La modificación de las medidas cautelares se puede entender en dos sentidos: a instancia del demandante, «para incrementarlas en aquellos supuestos en que no sea suficiente la medida adoptada; o, a instancia del demandado, para disminuirlas en los casos contrarios que se estimare que, a la vista de las circunstancias que concurren, bastaría una medida menos gravosa o rigurosa o, inclusive, la supresión de la medida cautelar adoptada» (181), con lo que se entraría propiamente, en este último caso, en el supuesto de revocación de las mismas.

conveniente la modificación o revocación de la medida cautelar «en función del desarrollo del procedimiento, las alegaciones de las partes en la demanda y contestación o de la práctica de las pruebas»; TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1057, para quien es cuestionable la incommunicación de la pieza cautelar respecto del proceso principal; RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., pág. 343, para quien la aparición en el proceso de circunstancias de hecho que no se pudieron tener en cuenta a la hora de resolver sobre la medida cautelar justifica una nueva decisión al respecto; y DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1006 y 1037, para quienes se requiere un cambio o una alteración de las circunstancias o de los presupuestos fácticos.

El ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 29 de enero de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., pág. 344), consideró procedente denegar la adopción de una medida cautelar solicitada de nuevo, pues la nueva solicitud no se basaba en hechos materialmente nuevos, sino en una prueba pericial, ya que el artículo 132-2 LJCA «no permite la modificación o revocación de las medidas cautelares por los avances que durante el proceso vayan haciéndose respecto de las cuestiones de fondo».

(180) Así, TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1056, y DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1006 y 1037.

(181) CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., págs. 317-318, siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2080. Para estos autores —y también para DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1038—, dicha modificación puede ser realizada tanto de oficio como a instancia de parte, debiendo ser acordada por el órgano jurisdiccional ante el que se tramite el proceso principal, aunque no haya acordado la medida cautelar, y requiriendo lógicamente, a pesar de no establecerse expresamente, audiencia de las partes por aplicación de lo dispuesto en el artículo 131 LJCA.

También admiten que la modificación o revocación sea realizada tanto a instancia de parte como de oficio PERA VERDAGUER, F., *Comentarios...*, cit., pág. 802, y TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1056, exigiendo este último autor que, si se modifica la medida cautelar de oficio, previamente deberán ser oídas las partes. Por el contrario, OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 378, exige la previa petición de parte. GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., págs. 1038 y 1099, respectivamente, se contradice, pues, por un lado, afirma que «subsisten, no obstante, ciertas posibilidades de actuación de oficio en un estadio posterior (modificación o revocación), a tenor de lo dispuesto en el artículo 132», y, por otra parte, destaca que «tal facultad, no obstante el silencio de la comentada disposición guarda sobre el particular, debe entenderse supeditada a la previa solicitud del interesado».

El mencionado precepto contempla el supuesto de un nuevo pronunciamiento sobre la medida cautelar ya adoptada por variación de las circunstancias, pero no contempla el supuesto contrario: la posibilidad de una nueva petición de tutela cautelar cuando una solicitud anterior haya sido desestimada por resolución firme. Siguiendo a ORTELLS RAMOS hay que proponer que «esa laguna se integre de acuerdo con la *ratio* del precepto considerado: un pronunciamiento sobre esa resolución será admisible si se funda en nuevas circunstancias» (182).

Este mismo autor señala que «no obstante, en este caso hay norma especial y contraria a lo dispuesto en el artículo 132.2: el artículo 83.2 establece expresamente que dictada sentencia en primera instancia, “el juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia atendiendo a los criterios establecidos en el capítulo II del Título VI”» (183).

En cuanto a la competencia funcional para la modificación de la medida cautelar, entiendo que será competente el órgano jurisdiccional que la haya adoptado.

5. LA ACTUACIÓN REGISTRAL DE LA ANOTACIÓN

El artículo 134-1 LJCA se encarga de regular la ejecución o actuación de la medida cautelar adoptada, disponiendo que «el auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, siendo de aplicación lo dispuesto en el capítulo IV del Título IV, salvo el artículo 104.2».

En la materia que nos ocupa, entiendo que este precepto no será de aplicación ni en lo relativo a la comunicación de la adopción de la anotación al órgano administrativo que haya realizado la actividad objeto del recurso para que se encargue de la actuación o ejecución de dicha medida cautelar, ni el eventual recurso a los medios ejecutivos establecidos para la ejecución de las sentencias, ya que dicha medida puede ser cumplida «prescindiendo de la voluntad de la Administración demandada» (184), emitiéndose simplemente por el órgano jurisdiccional el correspondiente mandamiento judicial.

La actuación registral de la anotación preventiva que nos ocupa ha presentado dos tipos de problemas:

(182) ORTELLS, *La tutela...*, cit., pág. 102. Sostiene la misma postura OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 376.

(183) ORTELLS, *La tutela...*, cit., pág. 102.

(184) ORTELLS, *La tutela...*, cit., pág. 95. También así LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 747.

En primer lugar, un problema relacionado con el título anotable. En relación con el mismo, la Disposición Adicional décima, apartado segundo, LRRUVS, y el artículo 308 TRLRSOU, disponían que:

Salvo en los casos que la legislación establezca otra cosa, los actos a que se refiere el artículo anterior podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad mediante certificación administrativa expedida por órgano urbanístico actuante (185), en la que se harán constar en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo.

Ante esta regulación del título anotable, se llegó a solicitar y admitir la práctica de la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la interposición de un recurso contencioso-administrativo que pretendía la anulación de los actos administrativos de ejecución del planeamiento en virtud de instancia privada a la que se incorporaba una certificación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo acreditativa de la interposición del recurso (186).

(185) En la Disposición Adicional décima, apartado segundo, LRRUS, no se habla de «órgano urbanístico actuante», sino de «Secretario del órgano urbanístico actuante».

(186) Así, el ATSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 2 de diciembre de 1994 (BDRGID, ref. 95/1.544):

Primero.—La cuestión a resolver es meramente jurídica y consiste, en definitiva, en si, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 307.6 y 309.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, el órgano judicial viene obligado a emitir mandamiento al Registro de la Propiedad al objeto de que se efectúe la anotación preventiva, o, por el contrario, está exento de dicha obligación.

Segundo.—Para ello conviene tener en cuenta que el artículo 307 de la norma citada dispone que serán inscribibles en el Registro de la Propiedad una serie de actos administrativos dictados en el ámbito urbanístico. Pues bien, no cabe duda que todos estos supuestos vinculan a todos los poderes públicos, en virtud de lo establecido en el artículo 9.1 y 103.1 de nuestra Constitución, y por supuesto, también, y principalmente, a los funcionarios encargados del Registro de la Propiedad, sus principales destinatarios.

Entre estos supuestos se encuentra el previsto en el apartado 6: «La interposición del recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias».

Tercero.—Pues bien, el asiento procedente es el de anotación preventiva, según previene el artículo 309.2 de esta norma, y la forma de realizar cualquier tipo de asiento es la de la emisión de una certificación administrativa. Así lo dispone de forma clara, que no precisa de interpretación según el clásico principio procesal, el artículo 308 de la citada norma: «Salvo en los casos que la legislación establezca otra cosa, los actos a que se refiere el artículo anterior podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad, mediante certificación administrativa expedida por el órgano urbanístico actuante, en la que se harán constar, en la forma exigida por la legislación hipotecaria, las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo».

La norma no puede ser más lógica. Quien está en condiciones, en el momento de la interposición del recurso, de determinar las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a las que afecte el acuerdo, es exclusivamente

Sin embargo, la unanimidad de la doctrina hipotecarista entendió que «pese a la dicción literal del artículo 308 LS, es indispensable el mandamiento librado por el órgano judicial que admitió el recurso a trámite. En efecto, la anota-

el órgano administrativo actuante. Téngase en cuenta que sólo él conoce estas circunstancias, y que, además, cuando el órgano judicial ha de resolver la cuestión, el momento de interposición del recurso, no el de formalización de la demanda, ni siquiera dispone del expediente administrativo, y, por supuesto, existe todavía el plazo previsto en la Ley Jurisdiccional para que cualquier interesado, ante la publicación del recurso se persone en autos. En consecuencia, en la interpretación de que correspondiera a la Sala la emisión de un mandamiento judicial no podría, en ningún caso, cumplir con los requisitos exigidos por la legislación urbanística y por la propia normativa hipotecaria, con el consiguiente resultado de hacer una interpretación que conduce a la anulación de los efectos de la norma, claramente desechable en nuestro ordenamiento jurídico.

Cuarto.—Por otra parte, el artículo 308 antes citado, establece la posibilidad, que no la obligación, de la inscripción de los supuestos previstos en el artículo 307, como regla general. Este es el supuesto de la anotación preventiva de la interposición de recurso contencioso-administrativo, dejando en manos del recurrente la postulación de este Derecho registral. Por el contrario, excepcionalmente, en otros casos, la inscripción es obligatoria para la Administración, como ocurre en los supuestos previstos en el artículo 310, relativo a los casos de reparcelación y de compensación. Igualmente, en estos casos, el título que abre el Registro es meramente administrativo, artículo 310 A.e) de dicha norma.

Quinto.—En consecuencia, de esta normativa, que, en su caso, derogaría a las de carácter hipotecario que se le opusieren, artículo 2.2 del Código Civil, se deduce que no corresponde al órgano judicial, ni la emisión de mandamiento judicial, ni siquiera de la emisión de la certificación administrativa a que se refiere el artículo 308 del Real Decreto Legislativo 1/1992, debiendo, en su caso, exigirse ésta por el Registro de la Propiedad. Sin embargo, el derecho de la parte a solicitar de la Sala certificación de la interposición del recurso contencioso-administrativo es de carácter procesal, y no puede negarse, sin perjuicio de la libertad de valoración por parte de los funcionarios encargados del funcionamiento de dichos Registros. Valoración que, en ningún caso, podrían hacer si se expidiera un mandamiento judicial, y sí, por el contrario, en este caso, y, por supuesto, en el caso de la certificación administrativa, donde deberán apreciar la existencia de los requisitos marcados por el artículo 308 del Real Decreto Legislativo 1/1992 y, en su caso, por la legislación hipotecaria.

Sexto.—La Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los Jueces y Tribunales no ejercerán más funciones que las que expresamente le vengan establecidas por la Ley, aparte de la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, según la competencia establecida legalmente, artículo 2.2. De ello se desprende la existencia de una reserva de ley en la atribución de competencia a los órganos judiciales, por lo que ha de descartarse, ya que cualquier Reglamento pudiera disponerla.

Séptimo.—Frente a dicha argumentación, la actora traslada la empleada, al parecer, por el Registro de la Propiedad en el sentido de que el artículo 139 del Reglamento Hipotecario dispone que se efectuarán mediante mandamiento, las anotaciones preventivas de demanda, en el supuesto recogido en el artículo 42, apartado 1, de la Ley Hipotecaria. Esta resolución administrativa tiene su régimen de recursos, y no corresponde a este órgano el pronunciamiento sobre la misma, aunque sí debe hacerlo al objeto de fundamentar la no emisión del mandamiento postulado.

ción en cuestión es una medida cautelar procesal con indudable trascendencia sobre la situación registral de la titularidad o derecho cuestionado, cuya adopción requiere una valoración por parte del órgano jurisdiccional y la adopción,

Pues bien, el argumento ha de ser rechazado, el artículo 42 de la Ley Hipotecaria dispone que «podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: 1. El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles, o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real».

Es decir, se está refiriendo a un supuesto en el que se ejercitan derechos subjetivos del recurrente, frente a los del demandado. En todo caso, intereses particulares. Por el contrario, en materia urbanística, el legislador ha valorado en primer lugar el mantenimiento de la normativa y los instrumentos urbanísticos frente a los particulares, permitiendo el ejercicio de la acción pública a cualquier ciudadano, pese a no tener interés alguno, directo o indirecto, artículo 304 del Decreto Legislativo 1/1992.

Este criterio prevalente, y la garantía que proporciona la publicidad del Registro frente a terceros, es lo que persigue la Ley al abrir esta institución a los actos previstos en el artículo 307 del Decreto Legislativo 1/1992, y excluye, en principio, la exigencia de garantías que no sólo serían de difícil o imposible cálculo en el caso de la impugnación de instrumentos urbanísticos, sino que irían contra el principio de legitimación pública establecido en la norma y nihilizarían en la práctica sus efectos. No escapa a la Sala que la unión de la acción pública y de la publicidad registral podría dar lugar a situaciones perjudiciales para quien se vea afectado por dichos recursos, pero el establecimiento de la acción pública urbanística supone una opción libremente elegida por el legislador que ha dado prevalencia a la depuración del ordenamiento urbanístico, y, desde luego, no puede ser modificado desde instancias judiciales o administrativas.

Octavo.—De lo dicho anteriormente se deduce la idoneidad de aplicar lo previsto en el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, cuyo parangón, en todo caso, podría realizarse con el supuesto previsto en el artículo 307.8 del Decreto Legislativo 1/1992: «cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución, modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas», a pesar de lo cual el título seguiría siendo igualmente la certificación administrativa prevista en el artículo 308 de dicha norma.

Idoneidad que resulta aún más patente si la anotación se anuda a la presentación de la demanda, cuando en el caso del artículo 307.6 del Decreto Legislativo 1/1992, se vincula a la presentación del recurso contencioso-administrativo, trámite anterior, y distinto, de aquél.

Noveno.—Por el mismo motivo ha de rechazarle la aplicación del artículo 139 del Reglamento ejecutivo de la Ley Hipotecaria cuando dispone que «el que propusiere demanda en los casos a que se refieren el artículo 38 y número 1 del artículo 42 de la Ley, podrá pedir al mismo tiempo, o después, su anotación preventiva, ofreciendo indemnizar los perjuicios que de ella pudieran seguirse al demandado, en caso de ser absuelto, a cuyo efecto el Juez podrá exigir la caución que estime adecuada. El Juez o Tribunal mandará hacer la anotación, si fuere procedente, al admitir la demanda, y si aquélla se pidiese después en el término del tercer día». Es decir, el supuesto excepcional en que se exige mandamiento, no es, en modo alguno, trasladable al enjuiciado. Su interpretación analógica, aparte de contrariar los principios de acción pública y el claro tenor de la norma legal, supondría una violación del principio de reserva de ley en la atribución de com-

por él, de las cautelas procedentes, todo lo cual exige que su práctica sea una decisión del órgano judicial que conoce del procedimiento» (187).

petencias judiciales, por lo que, en todo caso, el Reglamento debería ser inaplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Décimo.—Se alega, además, el auto del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1993, aislado, y cuya proyección al caso enjuiciado no es posible. En efecto, el contenido de dicho auto, que parte de la deficiente fundamentación del recurrido en instancia (que admite la suspensión del acto impugnado y deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad), en modo alguno hace hincapié en el título de dicha anotación de demanda, sino que tan sólo dispone taxativamente la obligatoriedad del Registrador de la Propiedad a inscribir, pese a no haber sido modificada la Legislación Hipotecaria, y si bien es cierto que, *in fine*, el citado auto se refiere a la posible aplicación analógica del supuesto previsto por dicho Reglamento para la anotación de demanda, se trata de un *obiter dicta*, y en modo alguno prejuzga lo previamente establecido, que el título de inscripción se deriva *ex novo* y automáticamente del Decreto Legislativo 1/1992 (art. 307.6).

Undécimo.—A todo ello nos lleva, además, una interpretación sistemática de la norma. No tendría sentido la exigencia de mandamiento judicial, en el que además se pudiera exigir fianza, si la recurrente, para lograr la anotación, no tiene ni siquiera por qué aguardar a la interposición del recurso contencioso-administrativo, pues le bastaría solicitar de la Administración una simple certificación administrativa de los actos firmes de aprobación de expedientes de planeamiento, cesiones de terrenos de carácter obligatorio, incoación de expediente de disciplina urbanística, etc., todos los supuestos previstos en el artículo 307 del Decreto 1/1992.

(187) DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Anotación...*, cit., pág. 319, quien recoge la opinión generalizada de varios registradores. ALVAREZ-LINERA Y URÍA, C., *La nueva...*, cit., pág. 11, afirma que una interpretación distinta sería contraria a los principios de independencia judicial y de ejecutividad de las resoluciones judiciales y a la regulación que establece la comunicación directa de los órganos jurisdiccionales con el Registro de la Propiedad, aunque señala que «cuando se impugne un instrumento de planeamiento será difícil que existan en los autos datos suficientes para concretar las fincas afectadas, por lo que, en tal supuesto, puede ser conveniente acudir al sistema complementario de la certificación administrativa».

Véase también la consulta resuelta por la base de datos El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (Consultas; Documento: 000001607; Publicación: 28 El Consultor; Fecha: 1995; Número EC: 03238; Número Revista: 24; Número Marginal: 230):

Otra de las novedades que el TRLS contiene es la preferencia o prioridad que se da al documento administrativo como título inscribible y accesible al Registro y en especial las certificaciones administrativas, lo que no ha sido de buen agrado para algunos profesionales. La certificación da fe, no de hechos, sino de documentos o datos cuya constancia ha de obrar en las dependencias municipales o judiciales. La cuestión planteada centra en estos dos fedatarios (judicial o administrativo) la posibilidad de la emisión. Parece claro que el recurso se interpone ante la Sala de lo Contencioso, que en él consta el escrito de interposición y que allí se resuelve sobre su admisión o inadmisión. El Secretario o fedatario municipal puede conocer el hecho e incluso la decisión de la presentación del recurso mediante el acuerdo que al efecto se pueda adoptar, pero no puede acreditar su presentación y mucho menos su admisión. Por ello entendemos que será el fedatario judicial quien deberá expedir la certificación o testimonio de la interposición y de la admisión a trámite y del escrito comprensivo del mismo, sin el cual no podrá conocer los datos pre-

A esta problemática ha puesto fin el Real Decreto 1093/1997, pues, por una parte, su artículo 2.I.1, al regular el título inscribible, dispone que los actos «que tengan su origen en actuaciones jurisdiccionales se inscribirán en virtud de mandamiento del Juez o Tribunal correspondiente, en el que se transcriba la providencia o el auto recaído o se ordene la inscripción de la sentencia de que se trate», y por otro lado, su artículo 69 precisa el título para la anotación aquí estudiada, estableciendo que «la anotación se practicará en virtud de mandamiento judicial en el que se consigne literalmente la resolución dictada y que se ha prestado, en su caso, la caución correspondiente».

En segundo lugar, también se ha planteado un problema relacionado con la calificación registral y el principio de tracto sucesivo.

Las RDGRN de 23 y 24 de abril de 1997 (188), resuelven positivamente la cuestión de si es posible o no anotar preventivamente la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de aprobación definitiva de un plan parcial de ordenación sobre determinadas fincas resultantes de la ejecución, por el sistema de compensación, de la urbanización de la zona a que se contrae ese Plan Parcial, habida cuenta que el mandamiento que ordena la práctica de la anotación se refiere a determinadas fincas originarias correspondientes a dicha zona, cuyos folios registrales ya han sido cerrados por efecto de la compensación:

El Registrador deniega la anotación solicitada por el defecto insubsanable de inexistencia registral de las fincas sobre las cuales se ordena practicar el asiento al estar canceladas las hojas registrales respectivas conforme al artículo 114 en relación al 174.4 del mismo Texto Reglamentario. El defecto, tal como es planteado, no puede ser estimado. Ciertamente, la cancelación de los folios registrales abiertos a las fincas originarias determina su inexistencia jurídica actual; ahora bien, al establecerse por *ministerio le gis* la subrogación con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas resultantes de la compensación, siempre que quede clara la correspondencia entre unas y otras (cfr. arts. 122.1 y 174.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, art. 167 del Texto Refundido de la Ley del Suelo), es evidente que la anotación decretada sobre una parcela originaria debe extenderse sobre la nueva finca resultante de la compensación que ocupe su misma posición jurídica por efecto de esa subrogación, lo cual, además, viene facilitado por la necesaria coordinación registral entre los folios de las antiguas parcelas y los abiertos a las nuevas, cuando media entre unas y otras esa correspondencia (cfr., arts. 114 y 174.4 del Reglamento de Gestión Urbanística). Cuestión distinta es que en el caso debatido no se haya producido ese efecto subrogatorio respecto de las parcelas a que se contrae el mandamiento calificado (lo cual no puede ser decidido por este

cisos para expedir el documento a presentar o a acceder, previa calificación por el Registrador, al Registro. La certificación deberá ser expedida previo mandamiento judicial al que deberá ir unida la certificación o testimonio del secretario judicial. (188) (BDLLA, Jurisprudencia).

Centro Directivo en el marco del presente recurso gubernativo), pero en tal supuesto es evidente que la objeción no será ya la que ahora se alega.

Por su parte, la RDGRN de 12 de diciembre de 1997 (189), resuelve un caso similar al planteado anteriormente, cuyos antecedentes se resumen a continuación.

Interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra dos acuerdos de un Ayuntamiento por los que se aprueba la relación individualizada de los bienes afectados por el expediente de expropiación forzosa para la ejecución de una determinada unidad de actuación, y, obtenida en primera instancia sentencia estimatoria, se acuerda por la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo que conoce del asunto en trámite de apelación, la anotación preventiva de la demanda correspondiente sobre determinada finca, que carece ya de existencia registral, pues se trataba de una de las parcelas originarias incluidas en la unidad de actuación y ya ha sido aprobado e inscrito en el registro el proyecto de compensación—incluso han sido ya transmitidas a terceros buena parte de las fincas de reemplazo—.

En estas circunstancias se pretende, por el recurrente, la práctica de la anotación preventiva de su demanda sobre todas las fincas registrales actuales que ocupan físicamente la superficie que en su día acotara la finca de procedencia que ha quedado identificada en el mandamiento calificado.

Presentado el mandamiento en el Registro de la Propiedad, el registrador deniega la práctica de la anotación porque:

- a) La finca descrita en el mandamiento fue expropiada y aportada a una junta de compensación, y se encuentra reemplazada por otra, de manera que debe especificarse si se quiere que la anotación se practique sobre la nueva finca registral.
- b) La finca se encuentra inscrita a favor de una persona distinta de aquélla contra la que se ha dirigido el procedimiento—defecto éste que se considera insubsanable—.

Interpuesto el recurso gubernativo, el Presidente del TSJ dicta auto por el que revoca los dos defectos de la nota impugnada aun cuando estima que la anotación cuestionada deber practicarse únicamente sobre la finca de reemplazo que se corresponde con la de procedencia y que se halla perfectamente identificada.

La DGRN confirma el auto en cuanto al primer defecto, dado el juego subrogatorio inherente a la reparcelación o a la compensación y estima el recurso de apelación en cuanto al segundo de los defectos, aun cuando la demanda vaya dirigida sólo contra la Administración que dictó el acto impug-

(189) BDA, m. RJ 1997/8823.

nado, si en el mandamiento consta, al menos, que conforme al artículo 64 LJCA, ha tenido lugar el emplazamiento directo y personal de los titulares de las fincas sobre las que se ordena la anotación. Como el emplazamiento puede tener lugar después de la interposición de la demanda, el defecto se considera subsanable:

Segundo.—Si se tiene en cuenta que el juego subrogatorio inherente a la reparcelación o la compensación no se produce entre una de las fincas de procedencia y las de reemplazo que ocupan la misma superficie física que acotaban en su día aquéllas, sino entre las antiguas y las nuevas que con ella se correspondan según el proyecto aprobado (cfr. arts. 157.3 y 167 de la Ley del Suelo), no puede accederse a la pretensión del recurrente cuando, como ahora ocurre, no se establece esta correspondencia entre la finca originaria a la que se contrae el mandamiento calificado y las fincas de reemplazo que ocupan la porción de terreno que aquélla delimitaba; todo ello sin perjuicio de la posibilidad, ya reconocida en el auto apelado, de practicar dicha anotación sobre la nueva finca de reemplazo que con ella se corresponda.

Tercero.—Respecto al segundo de los defectos de la nota impugnada —no estar dirigido el procedimiento respectivo contra los titulares de las fincas objeto de la anotación— es doctrina reiterada de este Centro Directivo, basada en los principios registrales de tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria) y salvaguarda judicial de los asientos registrales (arts. 40, 82 y 220 de la Ley Hipotecaria), que para que pueda practicarse una anotación preventiva de demanda es preciso que aquélla esté dirigida contra el titular registral del dominio o del derecho real a que la demanda se contrae.

Ciertamente, esta doctrina debe ponerse en relación con las particularidades de la demanda en el recurso contencioso-administrativo (véanse los arts. 57, 64, 66 y 68 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), pero también con el principio de tutela judicial establecido en el artículo 24 de la Constitución Española y con la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (véanse las sentencias 108/1981, de 8 de octubre; 9/1981, de 31 de marzo; 72/1990, de 23 de abril; 63/1982, de 20 de octubre, etc.), de modo que, en tal hipótesis, procederá la anotación aun cuando la demanda vaya dirigida solamente contra la Administración que dictó el acto impugnado, si en el mandamiento, ordenando la anotación, consta, al menos, que conforme al artículo 64 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha tenido lugar el emplazamiento directo y personal de los titulares registrales de las fincas sobre las que se ordena la anotación, en cuanto personas a cuyo favor derivan derechos del acto administrativo impugnado [cfr. art. 28.b) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa] y cuya identificación, aunque no resultare del escrito de interposición de la demanda o del propio acto recurrido, se hace ostensible al Tribunal en el momento de la calificación registral suspensiva.

No puede estimarse en contra de las anteriores consideraciones, la alegación de que la omisión en el número 6 del artículo 307 de la Ley del Suelo, de la cautela contenida en el número 7 del mismo precepto (la exigencia de participación del titular registral en el procedimiento) signifique ahora la no necesidad de ese emplazamiento, pues, por una parte, el cometido del artículo 307 de la Ley del Suelo es exclusivamente señalar la posibilidad de anotación de

la interposición del recurso contencioso-administrativo, pero no prejuzgar los requisitos necesarios para tal anotación (para ello habrá de estarse a la normativa relativa al Registro de la Propiedad en general, y a la anotación preventiva, en particular); y, por otra, ese emplazamiento es la garantía de la posibilidad de intervención del titular registral en procedimiento que le afecta directamente y, consiguientemente, del acceso registral de la sentencia que en su día se dicte (haya comparecido o no en el procedimiento el titular registral emplazado).

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado: Estimar, en los términos expuestos, el recurso de apelación interpuesto por el Registrador, en cuanto al segundo de los defectos de la nota impugnada, si bien declarando su carácter de subsanable, pues nada se opone a que el emplazamiento cuestionado pueda tener lugar después de la interposición de la demanda, si al emplazado se le abre la posibilidad de alegación y prueba de lo que a su derecho convenga; y confirmar en cuanto al primer defecto el Auto apelado, desestimado en los términos de los considerandos que preceden, la pretensión que el particular recurrente formula en su escrito de apelación.

Por último se debe tener presente el artículo 72 del Real Decreto 1093/1997 que, al regular la prórroga y la cancelación de la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo o de la demanda correspondiente, dispone que «la duración, prórroga y las demás cuestiones, no especialmente previstas en los artículos anteriores, se regirán por lo establecido en la legislación hipotecaria para la anotación preventiva de demanda» (190).

6. DURACIÓN, PRORROGA Y CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN. INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LA ANOTACIÓN

El artículo 132.I LJCA dispone que «las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley» —por ejemplo, por desistimiento del recurso, allanamiento, reconocimiento extrajudicial del derecho y transacción (arts. 74 a 77 LJCA)— (191).

En principio, según el mencionado precepto, la firmeza (192) de la sentencia determinará el alzamiento y la cancelación registral de la medida cau-

(190) Vid. MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 587 y sigs.

(191) También se deberá proceder al alzamiento de la medida cautelar cuando la misma haya sido revocada durante el curso del procedimiento por variación de las circunstancias en virtud de las cuales se haya adoptado ex artículo 132-1, *in fine* LJCA.

(192) CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., *Reflexiones...*, cit., pág. 123, destaca que a partir de ahora, con la nueva ley, «el pronunciamiento de la sentencia de instancia no deja sin efecto de modo automático las medidas cautelares adoptadas ni impide que, tras ese

telar de anotación preventiva. Sin embargo, «no está dicho que por el hecho de que se haya dictado sentencia desaparezcan automáticamente los riesgos de pérdida de la efectividad de la tutela judicial que, como es sabido, incluye también, como no podría ser de otra manera, la ejecución de la resolución que ponga fin al proceso» (193).

En efecto, si el sujeto favorecido por la sentencia no puede solicitar su ejecución forzosa hasta que hayan transcurrido dos meses desde la comunicación de la misma al órgano administrativo que hubiese realizado la actividad objeto del recurso (art. 104-2 LJCA) (194), «no hay que descartar que

momento, la Sala de instancia —competente para la ejecución provisional de su sentencia— siga adoptando medidas cautelares en función de un cambio de circunstancias». Véase también, DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1006.

Sin embargo, CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 312, se muestra crítico con el mantenimiento en vigor de la medida cautelar hasta que la sentencia adquiera firmeza, pues le parece más congruente que los efectos de la medida se agoten en la instancia procesal en que se hubiera acordado, ya que le «parece bastante adecuado que, producido el juicio de fondo, no se dé por supuesto, sin más, que subsisten las circunstancias que aconsejaron la adopción de la medida cautelar», y porque «la aceptación incondicionada del mantenimiento de la medida cautelar en la segunda instancia podría dañar, sin suficiente causa justificada, los privilegios de autotutela de la Administración». También TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1054, considera que el *dies ad quem* de la medida cautelar viene marcado por el momento en que se dicta sentencia en la instancia, ya que «a partir de este momento el debate cautelar queda superado por el debate sobre la procedencia o improcedencia de ejecución provisional de la sentencia no obstante ser apelada o recurrida en casación».

A mi juicio, una buena solución hubiera sido la que contempla el artículo 744-1 LEC para la tutela cautelar en el proceso civil, según el cual, «absuelto el demandado en primera o segunda instancia, el tribunal ordenará el inmediato alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta y el tribunal, oída la parte contraria, atendidas las circunstancias del caso y previo aumento del importe de la caución, considere procedente acceder a la solicitud, mediante auto». Esta solución legal la encuentro justificada, pues si el *fumus boni iuris* constituye uno de los presupuestos de la medida cautelar, cuando se haya dictado una sentencia desestimatoria de la pretensión deducida en el proceso principal, habrá que entender que dicho presupuesto ha desaparecido o venido a menos, lo que deberá conducir a la extinción de la medida cautelar, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional competente pueda, bajo ciertas circunstancias, mantener la medida cautelar o sustituirla por otra adecuada.

(193) CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela...*, cit., pág. 603.

(194) Este precepto dispone que «transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo conforme al artículo 71.1.c) cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa».

No obstante, se debe señalar que, como señala TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., págs. 1308 y 1331, para garantizar la efectividad de la sentencia firme, el artículo 104-3 LJCA prevé que, «atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, ésta podrá fijar un plazo inferior para el cumplimiento, cuando lo dispuesto en el apartado anterior lo haga ineficaz o cause grave perjuicio».

sea necesario adoptar algún tipo de medida para evitar, si es el caso, la frustración de la ejecución de la sentencia» (195).

Por lo tanto, entiendo que, a pesar del tenor literal del precepto transcrito, la medida cautelar de anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo o de la demanda correspondiente no se deberá alzar y cancelar automáticamente cuando se haya dictado una sentencia estimatoria firme, sino cuando dicha sentencia se haya ejecutado o actuado registralmente (196).

En estos casos, de no haberse adoptado previamente la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo o de la demanda correspondiente, podrá ser útil y necesaria, como medida cautelar, la anotación preventiva de la sentencia firme estimatoria, cuando dicha sentencia sea apta para provocar una modificación jurídico-real (197).

No obstante lo expuesto, se debe reseñar que el artículo 107 LJCA regula la inscripción del fallo en los registros públicos, actividad ésta para la que no se requiere colaboración alguna de la Administración demandada. Por lo tanto, entiendo que se podrá proceder a dicha inscripción *ex* artículo 107 LJCA, prescindiendo de lo dispuesto por el artículo 104 de la misma norma. En todo caso, el mantenimiento de la anotación preventiva, previamente decretada, o la adopción de la anotación preventiva de la sentencia firme serán necesarios cuando, por diversas circunstancias, el fallo firme no pueda acceder inmediatamente al Registro (198).

En consecuencia, al amparo del precepto transcrito, el autor citado sostiene que la tutela cautelar no procede cuando se haya dictado una sentencia firme. Sin embargo, no comparto totalmente esta conclusión, pues aún durante el transcurso de ese plazo de cumplimiento inferior al ordinario, se puede actualizar el concreto *periculum in mora* que conduzca a la ineffectividad de la sentencia. Para evitar ello es conveniente el mantenimiento de la medida cautelar hasta que el fallo se ejecute completamente.

(195) CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela...*, cit., pág. 604.

(196) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2078, DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1001, 1006-1007 y 1036; y CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 312, se muestran partidarios de que la medida cautelar continúe en vigor hasta la total ejecución de la sentencia, para que el recurso no pierda su finalidad legítima.

En tal caso, DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1001, entienden que sería competente para la adopción de medidas cautelares en fase de ejecución, el órgano jurisdiccional que hubiera conocido del asunto en primera instancia, pues es, según el artículo 103-1 LJCA, el competente para ejecutar la sentencia.

En contra parece pronunciarse OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 376, según el cual, obtenida la sentencia «nada justifica el mantenimiento de la medida cautelar».

(197) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 98, planteándose la posibilidad de la tutela cautelar en el proceso de ejecución, concluye afirmando que «no niego que, en el complejo procedimiento de ejecución contra la Administración, sean admisibles medidas instrumentales para garantizar la efectividad del resultado final, pero me parece excesivo someter la adopción de las mismas al conjunto de normas que rigen las medidas cautelares».

(198) Vid. MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 357 y sigs.

En otro orden de cosas, la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias, según el artículo 309.II TRLRSOU caducará a los cuatro años y podrá ser prorrogada por resolución del órgano jurisdiccional (199).

Por su parte, el artículo 72 del Real Decreto 1093/1997, al regular la prórroga y la cancelación de la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo o de la demanda correspondiente, dispone que «la duración, prórroga y las demás cuestiones, no especialmente previstas en los artículos anteriores, se regirán por lo establecido en la legislación hipotecaria para la anotación preventiva de demanda».

En relación con esta última cuestión, se debe destacar que el nuevo artículo 86.I *in fine* LH —de acuerdo con la redacción contenida en la Disposición Final novena-2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil—, para evitar los inconvenientes que presentaba la regulación anterior sobre la prórroga de las anotaciones preventivas judiciales ha optado por introducir la posibilidad de que, vencida la primera prórroga de cuatro años, se puedan practicar sucesivas y ulteriores prórrogas cuatrienales.

Además, se debe señalar que el nuevo artículo 86.I LH mejora en tres aspectos la regulación anterior (200):

- a) Este precepto ha establecido una duración de cuatro años para las anotaciones preventivas, a contar desde la fecha de su práctica

(199) Esta norma y la que se menciona más abajo han mejorado la redacción de la Disposición Adicional décima, apartado tercero, de la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, de 25 de julio de 1990, núm. 8/1990 (LRRUVS), en la que se disponía:

(...) 2. Se harán constar mediante anotación preventiva los actos de los números 3 y 6 del apartado primero. Tales anotaciones caducarán a los cuatro años y podrán ser prorrogadas a instancia del órgano urbanístico actuante (...).

Este último precepto había sido criticado duramente por CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Connotaciones...*, cit., pág. 971, afirmando que era «sólo una "aproximación" a la realidad jurídica. Sólo habrá "órgano urbanístico actuante" cuando se trate de expedientes de disciplina urbanística, no se si trata de la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el que tanto la anotación como la prórroga será ordenada por un Tribunal, que en modo alguno está limitado sólo a las cuestiones urbanísticas. Además, se olvida de indicar el precepto, cuál sea el período de vigencia de la prórroga; y ante ese vacío legal y dado que se trata de una cuestión netamente registral, tendremos que aplicar los artículos 86 de la Ley Hipotecaria y 199 de su Reglamento, conforme a los cuales, cuando se trate de la anotación ordenada por un órgano urbanístico, la prórroga caducará a los cuatro años, contados desde el día en que venció su plazo de vigencia inicial; y si la anotación hubiese sido ordenada por un Tribunal Contencioso-Administrativo, subsistirá la anotación prorrogada "hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento" en que se dictó».

(200) Un estudio exhaustivo de este precepto se puede encontrar en MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 715 y sigs.

- desde «la fecha de la anotación misma»— y no desde la fecha del asiento de presentación del mandamiento judicial correspondiente, poniendo fin a las dudas interpretativas existentes.
- b) El nuevo artículo 86.I LH establece que las anotaciones preventivas judiciales «podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento, ordenando la prórroga, sea presentado antes de que caduque el asiento», sin que sea ya necesario, como ocurría con la regulación anterior, que la prórroga haya sido anotada antes de la caducidad del asiento de anotación preventiva.
 - c) En tercer lugar, señalar que, para evitar eventuales confusiones respecto del *dies a quo* para el cómputo de la prórroga, según el nuevo artículo 86.I LH, «la anotación preventiva prorrogada caduca a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de la prórroga».

Por último, poner de manifiesto que el artículo 133-3 LJCA dispone que «levantada la medida por sentencia —se entiende desestimatoria— (201) o por cualquier otra causa —imputable al solicitante de la medida cautelar, como, por ejemplo, el desistimiento— (202), la Administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos (203), podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional (204) por el trámite de los incidentes (205), dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho se cancelará la garantía constituida» —que hasta ese momento había estado afecta a dicha indemnización— (206).

(201) La inserción de los textos entre guiones es mía.

(202) Así, DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1047.

(203) Es decir, los codemandados o terceros que se hayan visto perjudicados por la ejecución de la medida. Así, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2088-2089, y TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1075.

(204) Como señala GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2088, ese órgano jurisdiccional será el que haya adoptado previamente la medida.

(205) Con la nueva norma procesal civil y atendido el artículo 388 de la misma, dicho trámite incidental será el regulado por los artículos 392 y 393 de la misma.

(206) Siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2091, si la decisión del incidente es desestimatoria se levantará la caución constituida. Si, por el contrario, tal decisión es estimatoria, en el caso de que la caución fuese suficiente para responder de los daños y perjuicios causados «se procederá contra la caución, a fin de hacer efectiva la compensación, cancelándose seguidamente y quedando libre el exceso», y en el supuesto de que la contracautela fuese insuficiente, «se procederá contra ella y asimismo se seguirán las vías de ejecución procedentes para hacer efectiva la condena en la parte no cubierta por la caución».

La indemnización por los daños y perjuicios causados por la medida cautelar se hará efectiva, total o parcialmente (207), sobre la caución previamente constituida por el solicitante de aquélla.

JOSÉ MARTÍN PASTOR
Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia-
Real Colegio de España y de Valencia
Profesor Ayudante de Facultad de Derecho Procesal
de la Universidad de Valencia

(207) De acuerdo con GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2089, se debe destacar que «la cantidad fijada por la Sala al exigir la caución, en modo alguno constituye un límite cuantitativo a la condena a indemnizar». Como señalan DE GUAYO CASTIELLA, I. - DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1049, si la caución no es suficiente, se procederá al pago de la indemnización con el importe de dicha caución, y respecto de la parte restante, si no media cumplimiento voluntario, se procederá de acuerdo con las reglas generales de ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales.