

La anotación preventiva de querella (Sobre la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL PROCESO CIVIL ACUMULADO AL PROCESO PENAL.—3. LA NO INICIACION O SUSPENSION DEL PROCESO CIVIL DURANTE LA TRAMITACION SEPARADA DEL PROCESO PENAL Y LA POSIBILIDAD DE ANOTAR PREVENTIVAMENTE LA DEMANDA.—4. LA NECESARIA POSIBILIDAD DE ANOTACION PREVENTIVA DE QUERELLA SOBRE BIENES DEL QUERELLADO O DEMANDADO CIVIL: 4.1. LA NEGATIVA DE LA DGRN A LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA. 4.2. CABE ENTENDER COMPRENDIDAS LAS PRETENSIONES CIVILES QUE PUEDEN CONSTITUIR EL OBJETO DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA EN LA PRETENSIÓN CIVIL ACUMULADA DE RESTITUCIÓN. 4.3. LA QUERELLA SE PODRÁ ANOTAR PREVENTIVAMENTE CUANDO EN EL PROCESO CIVIL ACUMULADO SE EJERCITEN ACCIONES QUE PUEDAN TENER ALGUNA TRASCENDENCIA REGISTRAL. 4.4. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA.

1. INTRODUCCION

Analizando diversas fuentes jurisprudenciales para el estudio de determinados aspectos de la anotación preventiva de demanda, encontré algunas resoluciones sobre la anotación preventiva de querella, a las que en principio, por no tener una aparente vinculación directa con la materia objeto de mi interés, no les presté excesiva atención.

Sin embargo, que la cuestión sea en cierto modo novedosa, es decir, no excesivamente tratada por la doctrina, y, sobre todo, la trascendencia e interés que suscita, por los problemas de orden práctico que plantea, despertaron en mí la curiosidad sobre el referido argumento y me animaron a profundizar en su estudio, siendo fruto de dicho trabajo el presente artículo.

De forma sintética, quisiera destacar que la cuestión principal a tratar es la de si cabe practicar en los libros del Registro de la Propiedad una anotación preventiva sobre un bien inscrito a nombre del imputado o demandado civil, en virtud de la interposición de una querella por determinados delitos de desplazamiento patrimonial (falsedad de documentos con trascendencia registral, estafa, alzamiento de bienes, etc.) (1), en la que se ejercita, junto a la acción penal, la acción civil de restitución y de impugnación del título inscrito y de su correspondiente inscripción.

2. EL PROCESO CIVIL ACUMULADO AL PROCESO PENAL

Según el artículo 100 LECRIM, «de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible». Por su parte, el artículo 1.092 del Código Civil se refiere a las obligaciones civiles que nacen de los delitos y faltas, estableciendo que se regularán por las disposiciones del CP (2).

No obstante el tenor literal de estos preceptos, se ha puesto acertadamente de manifiesto que la responsabilidad civil no nace del delito, cuyo único efecto jurídico solamente puede ser la pena, sino del ilícito civil, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.089 del Código Civil, según el cual son fuentes de las obligaciones la ley, los contratos y cuasicontratos, y *los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier tipo de culpa o negligencia* (3).

(1) A mi juicio, la utilidad de la anotación preventiva de querella se podría manifestar, por ejemplo, en supuestos de hecho como los siguientes:

a) Cuando un heredero falsifica un testamento (arts. 390 y sigs. CP), para adquirir así la propiedad de determinado bien inmueble, que, de no mediar la falsificación, hubiera correspondido a otro coheredero, e inscribe en el Registro dicho bien a su nombre;

b) Cuando a través de un delito de estafa por doble venta (art. 251.2 CP), A enajena un bien inmueble a B e inmediatamente también a C, cómplice de A, quien lo inscribe rápidamente en el Registro para convertirse en titular del mismo en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.473, II del Código Civil;

c) En el supuesto de que el deudor cometa un delito de alzamiento de bienes inmuebles (arts. 257-258 CP), realizando un desplazamiento patrimonial en perjuicio de sus acreedores, y en favor de un tercero, cómplice en el delito, que los inscribe como propietario en el Registro.

(2) Vid. también, en el mismo sentido, el artículo 109 CP, según el cual «la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados», y el artículo 110 CP, que enumera los tres tipos de pretensiones comprendidas en la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.

(3) Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Barcelona, Bosch, 1951, págs. 317-793, y en concreto págs. 318 y ss. En el mismo sentido se pronuncia DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal* (con ARAGONESES

Dando, pues, por sentado que un mismo acto puede constituir, por una parte, un delito o falta, del que derivará una responsabilidad penal que podrá exigirse en el correspondiente proceso penal, y, por otra parte, un ilícito civil que da lugar a una obligación y a un derecho de carácter civil, que se podrá hacer valer en un juicio de esta naturaleza, lo que nuestro ordenamiento jurídico permite es que ambos procesos se acumulen en un único procedimiento, atribuyendo la competencia para conocer de uno y otro al órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso penal.

No conviene olvidar que la acumulación del proceso civil al penal no hace perder al primero su naturaleza, razón por la cual estaremos ante un proceso regido por los principios dispositivo y de oportunidad, de modo que «la acumulación lo es entre un proceso penal necesario y un proceso civil oportuno» (4).

La acumulación de ambos procesos en un único procedimiento se posibilita principalmente por razones de economía procesal, resolviéndose así dos objetos interrelacionados en el mismo procedimiento (5), pero presenta el inconveniente de obligar a los órganos jurisdiccionales a aplicar simultáneamente dos ordenamientos jurídicos completamente distintos: el penal y el civil (6).

MARTÍNEZ, S.; HINOJOSA SEGOVIA, R.; MUERZA ESPARZA, J.; y TOMÉ GARCÍA, J. A.), Madrid, Ecera, 1997, pág. 244, quien, en lugar de hablar de acciones derivadas del delito, prefiere usar la denominación de acciones civiles ejercitables en el proceso penal.

Véase también la STS (Sala 2.^a), de 4 de noviembre de 1981 (BDA), donde se considera que «la declaración contenida en el artículo 19 del CP, no puede entenderse en el sentido de que todo delito o falta genere responsabilidad civil, ya que, lo que las referidas infracciones criminales producen es un daño criminal y la única sanción establecida por la producción de tal daño es la pena, de suerte, que las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquellas, en las que el hecho, además del daño criminal a ellos inherente producen un daño civil, es decir, cuando el hecho, además de ser constitutivo de delito por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye, a la vez, un ilícito civil, generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil correspondiente, que bien puede ejercitarse conjuntamente con la penal, aprovechando la acumulación permitida por la Ley, o bien, en su caso, ejercerse separadamente en el proceso civil correspondiente».

Sobre el proceso civil acumulado al penal, consúltense también, entre otros, GÓMEZ ORBANEJA, E., «La acción civil del delito», en *RDPRIV*, 1949, págs. 185-212, y FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid, La Ley, 1991.

(4) MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, t. III. Proceso penal (con ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J. L., y MONTÓN REDONDO, A.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 88.

(5) Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., pág. 247, para quien el ejercicio de la acción civil en el proceso penal obedece a una razón de política legislativa, «que por economía procesal, tiende a extraer del proceso penal la máxima utilidad en beneficio de la justicia, al aprovechar la prueba del hecho con resultados dañosos y la presencia en el proceso de los sujetos jurídicos implicados».

(6) Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho jurisdiccional*, t. III. Proceso penal (con MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M., y MONTÓN REDONDO, A.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 106.

Es por ello que los ordenamientos penal y procesal-penal, de todas las consecuencias jurídicas que pueden nacer del daño que deriva de la comisión de un hecho punible en cuanto ilícito civil, únicamente admiten que puedan acumularse las siguientes: la restitución de la cosa, la reparación del daño causado, y la indemnización de los perjuicios derivados de la comisión de tal hecho (arts. 109-115 CP y 100 y 650 LECRIM).

Se debe precisar también que dicha acumulación no es obligatoria, sino potestativa, ya que la acción penal y la civil podrán ejercitarse conjunta o separadamente, y así, aunque con el ejercicio de la acción penal se entiende ejercitada la acción civil, se le concede al dañado o perjudicado la posibilidad de renunciar o reservarse expresamente el ejercicio de la última para ejercitarla finalizado el proceso penal (arts. 108, 111 y 112-1 LECRIM, y 109-2 CP) (7).

3. LA NO INICIACION O SUSPENSION DEL PROCESO CIVIL DURANTE LA TRAMITACION SEPARADA DEL PROCESO PENAL Y LA POSIBILIDAD DE ANOTAR PREVENTIVAMENTE LA DEMANDA

Iniciado ya un proceso penal en averiguación de un delito o falta, en el caso de que el ofendido se hubiese reservado el ejercicio posterior de la acción civil «no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho», y si, la hubiese ya ejercitado, iniciándose el juicio civil correspondiente, se suspenderá éste hasta que recaiga sentencia firme en la causa penal (art. 114 LECRIM) (8).

En estos supuestos se plantea el problema de determinar respectivamente si, pendiente el proceso penal, se puede interponer una demanda, solicitar su anotación preventiva, resolver sobre la misma, y decretarse a continuación la suspensión del proceso civil, o si, pese a su suspensión, la anotación preventiva de demanda, dada su naturaleza cautelar, puede ser pedida y acordada.

a) El primer caso es el contemplado por el AAP de Barcelona (Sección 11.^a) de 2 de noviembre de 1989 (9).

El actor interpuso una demanda solicitando la validez y autenticidad del testamento ológrafo y otras subsiguientes declaraciones sobre las propiedades de determinadas fincas, haciendo constar el secretario que se estaban siguien-

(7) Vid. MONTÓN REDONDO, A., *Derecho jurisdiccional*, t. III. Proceso penal (con MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M., y GÓMEZ COLOMER, J. L.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 510.

(8) Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., pág. 248, quien considera que el artículo 114 LECRIM configura un claro ejemplo de prejudicialidad penal sobre el proceso civil.

(9) AAP de Barcelona (Sección 11.^a) de 2 de noviembre de 1989 (*RJC*, 1990, págs. 418-419).

do diligencias previas por presunto delito de falsificación de documentos atribuido al demandante.

El JPI declaró: «No ha lugar a dar curso a la presente demanda ni a su anotación en el Registro de la Propiedad hasta tanto se resuelva la cuestión penal y efectuado se acordará». La resolución de dicho juez fue recurrida en apelación, solicitando el apelante que se admitiese la demanda, se acordase la anotación, y, a continuación, se suspendiese el curso de los autos.

Por consiguiente, el recurso de apelación se centró en determinar si, durante la tramitación de la causa criminal, procedía la admisión de la demanda y su correspondiente anotación preventiva, o si, en su caso, resultaba correcta la decisión del Juez *a quo* de no dar curso a la demanda y de no ordenar la anotación preventiva en tanto no finalizase el proceso penal preferente.

El fallo de la AP fue el siguiente: «A dichos efectos, el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que: "...no podrá seguirse *pleito*...", lo cual no conduce a concluir que es *causa impeditiva* de admisión de demanda civil, aun cuando sobre los mismos hechos se hallen tramitándose diligencias penales, si bien presentada no podrá seguir sustanciándose, o sea, en definitiva, no puede dejar de admitirse pero tampoco podrá tramitarse, suspendiéndose desde la inicial providencia judicial que se tiene por presentada la demanda y, tras su admisión, en su caso, paralizar las actuaciones hasta la resolución definitiva en vía penal».

Similar fue la solución adoptada por el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a) de 17 de noviembre de 1994 (10), que, no obstante, la pendencia del proceso civil acumulado al penal y el intento frustrado de anotar preventivamente la querella, admitió la demanda a los solos efectos de posibilitar la práctica de su anotación preventiva.

Para fundamentar tal decisión se argumentó que «no existen razones sólidas para oponerse a tal petición, puesto que un caso similar sería si el proceso civil se hubiera iniciado con anterioridad al penal, se hubiera obtenido la anotación preventiva de la demanda, y, por lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se lograra la suspensión del juicio civil», y que «en todo caso, la admisión de la demanda lo sería, como se ha dicho, a los solos efectos de su anotación preventiva, sin que, por consiguiente, supusiera el comienzo del ejercicio de la acción civil prohibido por el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, por otra parte, se cumpliría con el requisito exigido por el artículo 139 del Reglamento Hipotecario, que requiere que se ordene la anotación al admitirse la demanda».

(10) AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a) de 17 de noviembre de 1994 (BDA).

b) El segundo supuesto es el examinado y resuelto por el AAT de Barcelona (Sala 2.^a) de 11 de enero de 1973 (11).

El actor recurrió la providencia del JPI por la que se decretaba que, una vez levantada la suspensión, se acordaría la anotación preventiva de demanda solicitada. El recurso de apelación se centró, pues, en dilucidar si pese a la suspensión del proceso civil por pendencia del proceso penal preferente, la anotación preventiva de demanda, dada su naturaleza cautelar, podía efectivamente acordarse.

La AT resolvió el recurso acordando la anotación preventiva de demanda, argumentando que «la suspensión que respecto al seguimiento del pleito principal, sanciona el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede extenderse a esta medida cautelar, que sólo significa un aseguramiento de la efectividad de la sentencia que en su día se dicte, una vez que se haya levantado la suspensión del pleito, pues lo contrario supondría dejar indefensa a la parte actora, para el caso de que al no prosperar la causa criminal, y tenerse que seguir el pleito civil, los demandados pudieran haber efectuado actos de disposición sobre la finca reivindicada a favor de terceros, que harían imposible la ejecución del fallo».

De lo expuesto hasta ahora cabe sentar las siguientes conclusiones:

a) No se planteará ningún problema cuando, adoptada ya una anotación preventiva de demanda, se suspenda el proceso civil al promoverse el penal, ya que, a diferencia de la interrupción, cuando se produce la suspensión del proceso todos los actos procesales realizados con anterioridad conservan íntegramente su validez y eficacia (12).

b) Mayor problemática suscita admitir la demanda a los solos efectos de posibilitar su anotación preventiva estando pendiente el proceso penal preferente, o adoptar tal medida cautelar estando suspendido el proceso civil, pues el artículo 114 LECRIM prohíbe que se siga pleito civil, promovido ya el juicio criminal, y ordena la suspensión de aquél si se hubiera iniciado con anterioridad al penal.

Por una parte, atendiendo al tenor literal del precepto, por *no poder seguirse el juicio civil* debemos entender *no poder iniciarse o continuarse el proceso civil*, por lo que, en principio, sería imposible admitir la demanda y acordar su anotación preventiva.

Tanto si consideramos que el inicio del proceso civil (litispendencia) se produce con la simple presentación de la demanda, como si se entiende que

(11) AAT de Barcelona (Sala 2.^a) de 11 de enero de 1973 (RJC, 1973, págs. 114-115).

(12) Vid. el fundamento de derecho cuarto del AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a) de 17 de noviembre de 1994 (BDA), y GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho jurisdiccional*, t. II. Proceso civil (con MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M., y MON-TÓN REDONDO, A.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 411.

dicho proceso comienza con la presentación de la demanda, pero siempre que ésta sea después admitida, o con la admisión de la demanda, pero con efectos retroactivos al momento de la presentación, lo que no puede desconocerse es que admitir la demanda, para poder acordar su anotación preventiva, implica la continuación o el inicio del proceso civil, y eso es exactamente lo que parece prohibir la mencionada norma (13).

Por otra parte, cuando dicho artículo ordena la suspensión, parece referir tal suspensión a todo el proceso civil, no solamente a sus autos principales, por lo que, a primera vista, no sería admisible iniciar un incidente cautelar para decidir sobre la adopción de la anotación preventiva de demanda.

Sin embargo, atendiendo a la finalidad que persigue el precepto procesal-penal y a razones de justicia material, se debe considerar admisible, en ambos supuestos, poder acordar la medida cautelar de anotación preventiva de demanda.

La finalidad perseguida por el artículo 114 LECRIM es la de garantizar la vinculación sobre los hechos del Juez civil a la sentencia penal, esto es, impedir pronunciamientos contradictorios con relación a la existencia del acto causante del ilícito civil y del delito o falta, para evitar que se pueda condenar al demandado por un acto ilícito declarado inexistente en el proceso penal (argumento *ex art.* 116.1 LECRIM) (14).

Así pues, lo que realmente se trata de prevenir es que se dicte la sentencia civil hasta que recaiga sentencia firme en la causa penal, y no que se puedan adoptar medidas cautelares como la anotación preventiva de demanda.

Por ello hay que entender el artículo 114 LECRIM en el sentido de prohibir o suspender únicamente el desarrollo del pleito principal o el curso de los autos principales, no los incidentes cautelares, pues a través de ellos se posibilita la adopción de medidas cautelares que garantizan la efectividad de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión civil (15).

(13) Vid. AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 17 de noviembre de 1994, y, en concreto, su fundamento de derecho segundo, donde se argumenta que «el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace inadmisibile el ejercicio de la acción civil con separación de la penal mientras ésta estuviese pendiente de resolución, por lo que, a primera vista no cabría admitir una demanda civil, cuando, como sucede en el presente caso, ya se acepta por el actor la existencia del proceso penal y su clara incidencia en el civil».

(14) Sobre la eficacia de la sentencia penal en el juicio civil y sobre la naturaleza jurídica y fundamento del vínculo, vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...*, cit., págs. 633-634, 670-671, y 700-728, y FONT SERRA, E., *La acción civil...*, cit., págs. 130-134.

(15) Esta parece ser la postura mantenida por el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 17 de noviembre de 1994 (BDA), que admite a trámite la demanda «a los solos efectos de practicar su anotación preventiva, con suspensión, en consecuencia, de su tramitación una vez expedido el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad».

Partidario de esta solución, en el caso del embargo preventivo, se muestra ORTELLS

c) No será posible, a mi juicio, una vez se haya acumulado la acción civil a la penal e intentada sin éxito la anotación preventiva de querella, acudir a la vía civil, solicitando la admisión de la demanda, a los solos efectos de su anotación preventiva. No sólo porque se atentaría contra el principio de economía procesal, sino porque uno de los efectos propios de la litispendencia consiste en impedir la existencia de un proceso con la plenitud de sus efectos (el proceso civil que se inicia a los solos efectos de anotar preventivamente la demanda) cuando ya existe otro en el que se dan las identidades subjetivas y objetivas propias de la cosa juzgada (el proceso civil acumulado al penal).

Por lo tanto, el citado AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 17 de noviembre de 1994, aunque por razones de justicia material, infringe o desconoce el presupuesto procesal de litispendencia, pues el órgano jurisdiccional, conociendo la existencia del proceso civil acumulado, permite la iniciación de otro proceso civil con las identidades subjetivas y objetivas propias de la cosa juzgada, a los solos efectos de posibilitar la admisión de la demanda y la práctica de su anotación preventiva. Este problema se podría fácilmente haber evitado, si, previamente, se hubiese admitido la anotación preventiva de la acción civil ejercitada en la querella (16).

4. LA NECESARIA POSIBILIDAD DE ANOTACION PREVENTIVA DE QUERELLA SOBRE BIENES DEL QUERELLADO O DEMANDADO CIVIL

En el supuesto de que el proceso civil se haya acumulado al proceso penal, se plantea la cuestión de si, para garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión civil acumulada, se puede solicitar por el querellante y adoptar por órgano jurisdiccional, como medida cautelar, una anotación preventiva de querella sobre bienes inscritos a nombre del querellado, cuando en la querella se ejercite, junto a la acción penal, la civil de impugnación de títulos inscritos y de sus correspondientes inscripciones (17).

La utilidad de la anotación preventiva de querella podría manifestarse en delitos como el de estafa, alzamiento de bienes, falsedad de documentos con

RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Barcelona, Bosch, 1984, pág. 269, para que no se resienta la efectividad de la tutela jurisdiccional, pero siempre que exista una urgencia concreta.

(16) Vid. AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 17 de noviembre de 1994 (BDA).

(17) Cuando, para abreviar, utilizo la expresión anotación preventiva de querella, en realidad me estoy refiriendo a la anotación preventiva de la acción civil ejercitada en la propia querella.

trascendencia registral, etc. (18), para evitar que aparezcan terceros de buena fe, que amparados por el principio de fe pública registral, devengan propietarios del bien, situación que llevaría a su irrecuperabilidad, haciendo imposible, por lo tanto, la satisfacción del perjudicado por la acción constitutiva de delito.

Una de las pretensiones civiles que se puede acumular al proceso penal es la relativa a la restitución de la cosa, con el objetivo de poder volver a la situación existente con anterioridad a la comisión del acto punible del desapoderamiento (art. 110.1 CP).

Téngase en cuenta además que la restitución «tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable del delito o falta», «*salvo que el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable*» (art. 111 CP). De ahí la posible utilidad de la anotación preventiva de querella, para, en ciertos supuestos, evitar la adquisición irreivindicable del bien por la aplicación del principio de fe pública registral (19).

Hecha esta introducción, para determinar si es posible anotar preventivamente una querella, debemos plantearnos y esclarecer las siguientes cuestiones (20):

- a) ¿Es contraria la doctrina de la DGRN a la práctica de la anotación preventiva de querella?
- b) ¿Es posible entender comprendidas en la pretensión civil acumulada de restitución las pretensiones civiles que pueden constituir el objeto de la anotación preventiva de querella?
- c) ¿Puede acceder al Registro una anotación de querella, no prevista como tal en nuestro Derecho, a pesar del sistema de *numerus clausus* de anotaciones preventivas?
- d) ¿Qué presupuestos son necesarios para poder anotar preventivamente una querella?

(18) Vid. el supuesto práctico extraído de la realidad forense y registral planteado por BONÉ PINA, «Anotación preventiva de acción civil ejercitada en querella», en *Fiscalía General del Estado. Memoria*, Madrid, Arias Montano, 1995, en relación con la oportunidad de la anotación preventiva de querella ante un delito de estafa.

(19) Como señala FONT SERRA, E., *La acción civil...*, cit., págs. 54-55, nota 144, uno de los supuestos de tal irreivindicabilidad jurídica es el relativo al tercero hipotecario del artículo 34 LH.

(20) Téngase en cuenta que la constitución como parte en el proceso civil acumulado puede hacerse no solamente mediante querella, sino también por acto de constitución como parte en el proceso ya iniciado y en respuesta a un ofrecimiento de accionar o espontáneamente (arts. 109, I, y 110, I LECRIM). En estos casos se debería poder anotar preventivamente tanto la querella, si en ella se formula la pretensión de restitución; como el acto posterior en que tal pretensión se expresara; como el escrito de «acusación» del actor civil.

4.1. LA NEGATIVA DE LA DGRN A LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA

La DGRN desde la Resolución 1 de abril de 1991, en la que decidió negativamente la cuestión de si cabría practicar en los libros del Registro una anotación preventiva sobre los bienes inscritos a nombre de los querellados, en virtud de la interposición de una querella por los delitos de estafa y de alzamiento de bienes, para así asegurar las posibles responsabilidades civiles que pudieran declararse procedentes, se viene mostrando contraria a la práctica de la anotación preventiva de querella (21).

La postura de la DGRN se fundamenta en los siguientes argumentos:

- a) En primer lugar, en el criterio de *numerus clausus* «que en materia de anotaciones preventivas se contiene en nuestra legislación, concretada esencialmente en los casos recogidos en el artículo 42 de la Ley y en los desperdigados en la misma legislación hipotecaria y en otras normas legales, entre los que no aparece regulada la anotación pretendida» (22).
- b) En segundo lugar, se sostiene «que aunque quepa en la querella el ejercicio de la acción penal conjuntamente con el de la civil, no puede equipararse a la demanda en juicio civil de nulidad o ineficacia del título inscrito, por cuanto en esta última, la anotación está reconocida expresamente en la Ley —art. 42.1.º— mientras que en la primera (...) no va implícito el ejercicio de la acción de nulidad de títulos» (23).
- c) En tercer lugar, se apunta que la anotación preventiva de querella «ha de ser ordenada por el Tribunal cuando se cumplan las condiciones determinadas en el citado artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a saber, que resulten indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas, lo que no ha sucedido en el presente caso, en el que el Tribunal se ha limitado a trasladar la petición del interesado de anotarse la querella» (24); y
- d) Por último, se comparte la tesis de que «el carácter perjudicial para los derechos de los querellados de la anotación en esta preliminar

(21) Vid. las RDGRN de 1 de abril de 1991 (BDA); de 9 de diciembre de 1992 (BDA); de 10 de diciembre de 1992 (BDA); y de 11 de diciembre de 1992 (BDA). Previamente la cuestión ya se había planteado ante la DGRN, pero la RDGRN de 27 de febrero de 1980 (BDA) no admitió el recurso al haber adquirido firmeza la resolución correspondiente y, por consiguiente, no entró en el fondo del asunto.

(22) RDGRN de 9 de diciembre de 1992 (BDA). El argumento del *numerus clausus* también es defendido por MARTÍNEZ MORA, E., «Anotación de querella», en *Lunes* 4:30, núm. 122, primera quincena de abril de 1993, pág. 6.

(23) RDGRN de 9 de diciembre de 1992 (BDA).

(24) RDGRN de 9 de diciembre de 1992 (BDA).

fase del proceso, desaconseja que a través de una interpretación expansiva del precepto transcrito se trate de garantizar de modo prematuro las expectativas de resarcimiento que, en una fase ulterior, tras la correspondiente investigación y concreción, a través de los cauces procesales vigentes, la parte querellante podrá obtenerlo» (25).

4.2. CABE ENTENDER COMPRENDIDAS LAS PRETENSIONES CIVILES QUE PUEDEN CONSTITUIR EL OBJETO DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA EN LA PRETENSIÓN CIVIL ACUMULADA DE RESTITUCIÓN.

Uno de los argumentos esgrimidos por la DGRN para no admitir la anotación preventiva de querella se basa en que este acto procesal no puede equipararse a la demanda en juicio civil de nulidad o ineficacia del título inscrito, por cuanto en la primera no va implícito el ejercicio de la acción de nulidad de títulos (26).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, como se ha señalado (27), la DGRN no admitió la práctica de la anotación preventiva de querella al entender que en la misma no iba implícito el ejercicio de la acción de nulidad del título, pero sin manifestarse en contra de su práctica en el supuesto que resulte, tácita o explícitamente, que se está ejercitando tal acción (28).

Cuando consecuencia del delito haya sido el desapoderamiento de un bien, la acción civil podrá versar sobre su restitución (arts. 110.1.º CP, y 100 y 650, II, 2.º LECRIM) (29).

Por restitución debemos entender la acción de «volver una cosa a quien la tenía antes» o de «restablecer una cosa en el estado que antes te-

(25) RDGRN de 1 de abril de 1991 (BDA), que asume el argumento utilizado por AAP de Valencia, que dejó sin efecto la resolución del JPI que había acordado la anotación preventiva de querella.

(26) Vid. RDGRN de 9 de diciembre de 1992 (BDA).

(27) Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Práctica hipotecaria*, Madrid, Marcial Pons - Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1994, pág. 66, quien interpreta la RDGRN de 1 de abril de 1991, en el sentido de no admitir la práctica de la anotación de querella «salvo que de ella resultase claramente que se está ejercitando la acción de nulidad de títulos —que no necesariamente va implícita en la querella—. Por contra, BONÉ PINA, *Anotación preventiva...*, cit., pág. 1005, de las RDGRN de 1 de abril de 1991, y 9 de diciembre de 1992, extrae la conclusión de que «la querella no puede equipararse de forma automática a la demanda en juicio civil de nulidad o ineficacia de títulos inscritos», pero sostiene que «la querella en la que vaya implícita una acción de nulidad de títulos pueda ser anotada por la vía del artículo 42.1.º de la LH».

(28) Vid. el supuesto práctico recogido por BONÉ PINA, *Anotación preventiva...*, cit., pág. 1004, en el que el órgano jurisdiccional acordó la anotación de la querella, entendiendo que en ésta se incluía de modo implícito la pretensión de devolución de la vivienda al querellante.

(29) Vid. FONT SERRA, E., *La acción civil...*, cit., pág. 54.

nía» (30), de modo que el objeto de la pretensión civil acumulada de restitución, a diferencia de las otras pretensiones de resarcimiento, no es el de eliminar o neutralizar el daño causado a través de la prestación de un equivalente o compensación (31), sino el «de dejar las cosas como estaban suprimiendo o borrando el daño causado», restableciendo así el *statu quo* anterior (32).

Más en concreto, la restitución supondrá la devolución de la cosa desposeída a su legítimo propietario, ya que el modo más apropiado de hacer desaparecer los efectos dañosos del acto ilícito consiste «en reponer las cosas en el ser y estado que se hallaban con anterioridad al delito», esto es, en «dejar el patrimonio en el mismo ser y estado anterior al acto dañoso» (33).

Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en que se interpone una querrela, ejercitándose una acción penal por estafa, por alzamiento de bienes o por falsificación de documentos con trascendencia registral, a la que se acumula una acción civil en la que se pide la nulidad e ineficacia del documento o título inscrito y la cancelación de la inscripción correspondiente; que sea declarado el querellante titular de los bienes inmuebles afectados por el delito; y que, en consecuencia, le sean entregados los mismos.

En este caso, el objeto del proceso civil estará constituido por una pretensión meramente declarativa (la declaración de nulidad e ineficacia del documento o título inscrito); por una pretensión declarativa constitutiva (la cancelación de la inscripción registral); y por una pretensión declarativa de condena (la declaración del querellante como propietario de los bienes y la entrega o recuperación de los mismos).

El querellante, para evitar que durante la tramitación del proceso los bienes sean transmitidos a terceros, que los adquieran en la forma y con los requisitos establecidos por la ley para hacerlos irreivindicables (arts. 34 LH y 111 CP), debería poder solicitar la anotación preventiva de la acción civil ejercitada en la querrela (34).

(30) Vid. ARANGÜENA FANEGO, C, *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Barcelona, Bosch, 1991, pág. 243, quien consultando el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, observa que el término restitución significa acción y efecto de restituir, teniendo el vocablo restituir los dos significados recogidos en el texto.

(31) Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...*, cit., págs. 348 y sigs., quien estudia las diferencias existentes entre la pretensión de restitución y el resto de pretensiones de resarcimiento.

(32) ARANGÜENA FANEGO, C, *Teoría general...*, cit., págs. 244-245, siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...*, cit., pág. 348. En el mismo sentido se pronuncia GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho jurisdiccional*, t. III..., cit., pág. 106.

(33) FONT SERRA, E., *La acción civil...*, cit., pág. 55. En el mismo sentido, vid. STS (Sala 2.^a), de 20 de febrero de 1987 (BDA).

(34) Vid. el supuesto práctico recogido por BONÉ PINA, *Anotación preventiva...*, cit., pág. 1004, en el que el órgano jurisdiccional acordó la anotación de la querrela interpuesta en el Registro de la Propiedad «para que así se alcance publicidad frente a terceros».

El problema se plantea a la hora de determinar si pueden formar parte de la responsabilidad civil *ex delicto*, esto es, de la pretensión civil acumulada de restitución, pretensiones en las que se solicita la nulidad, anulación o resolución de actos o negocios jurídicos causados por el delito y la cancelación de inscripciones registrales. Se parte del hecho de que los artículos 142, II, y 742, II LECRIM determinan que en la sentencia penal se resolverán todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hubieren sido objeto del juicio, y ahora se trata de esclarecer si las mencionadas pretensiones pueden formar parte de dicho objeto (35).

Una parte de la doctrina procesal española defiende que no es admisible una interpretación extensiva de las leyes penales, atribuyendo a la pretensión de restitución un contenido no autorizado por la ley, y, en consecuencia, interpreta restrictivamente el concepto de restitución, entendiendo que todas las demás cuestiones civiles que no se refieran directamente a la pretensión de restitución deberán ventilarse en un proceso civil posterior, de modo que, según su opinión, los órganos jurisdiccionales penales no pueden pronunciarse sobre la nulidad, anulación o resolución de los actos o negocios jurídicos realizados en el contexto del delito enjuiciado (36).

es decir, «a los efectos de que se inscriba en el Registro de la Propiedad la querella presentada para así asegurar el bien de cuya negociación la parte querellante deduce la existencia de una estafa, e impedir que el mismo sea transmitido a terceros de buena fe, situación que llevaría a la irrecuperabilidad».

(35) Entiende CASTEJÓN, F., «La declaración de derechos civiles en la sentencia penal», en *RJC*, 1945, pág. 21, que tales pretensiones tienen cabida en la pretensión de restitución del bien, a fin de que «el Tribunal enjuicie la *restitución jurídica*, o sea la "recolocación" de los derechos *ut antea*, es decir, en la forma, situación o disposición en que se encontraban cuando fueron objeto del ataque criminal», añadiendo que también podría invocarse «la reparación del daño causado, y por vía reparatoria acudir a remediar la lesión jurídica, cancelando la inscripción registral, devolviendo el derecho de que se desposeyó al ofendido, aunque esta devolución más tenga carácter restitutorio, y en fin, "recolocando" personas y cosas en la situación anterior al delito», pero no considerando aceptable para dichas pretensiones la vía de la indemnización.

(36) Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...*, cit., pág. 353, quien considera que la anulación o rescisión de los efectos jurídicos del acto ilícito no pueden entrar en el concepto de restitución, señalando «así, por ejemplo, la de la sentencia recaída en virtud de documentos falsos, falso testimonio o cohecho, en la causa en que se penen tales delitos (...), de la nulidad del segundo o ulterior matrimonio, en la causa en que se pene la bigamia, o en general, en los casos de anulación y de resolución de actos jurídicos o de contratos o de privación de derechos provocados por el delito o por alguno de los hechos que lo constituyan». En el mismo sentido se pronuncia en *La acción civil...*, cit., pág. 207, y en *Derecho procesal penal* (con HERCE QUEMADA, V.), Madrid, 1986, pág. 100, al indicar que no cualquier acción civil basada en el hecho punible puede integrar el contenido de la acción civil de resarcimiento acumulada, como, por ejemplo, la acción de nulidad.

Por su parte, FENECH, M., *Derecho procesal penal*, t. I, Barcelona-Madrid, Labor, 1960, págs. 427-431, a pesar de indicar que es de dudosa solución determinar si la

En defensa de esta posición se argumenta que:

- a) Los efectos de tales declaraciones exceden en mucho al mero resarcimiento. La admisión de que dichas declaraciones puedan ser contenidas en la pretensión de resarcimiento significa romper la conexión que debe existir entre la pretensión penal y la civil de resarcimiento, ya que «si bien es cierto que la Ley permite que se formule esta última en el proceso penal, no lo es menos que sólo permite que el titular penal de órgano jurisdiccional resuelva sobre aquellas cuestiones que están ligadas íntimamente con el delito» (37).
En definitiva, los órganos jurisdiccionales penales «sólo tienen competencia civil, por adhesión, para enjuiciar algunas de las consecuencias civiles del hecho delictivo, pero no todas» (38).
- b) El restablecimiento en este caso puede resultar contrario al principio de seguridad jurídica. La «existencia de los Registros oficiales tiende al logro de la seguridad jurídica, y ésta sólo es admisible que se

declaración penal de que un contrato contiene prestaciones usurarias, o de si ha sido otorgado simuladamente en perjuicio de terceros, o de si se ha producido falsedad documental, etc., pueden llevar aparejadas como resarcimiento el pronunciamiento de nulidad o inexistencia del acto o contrato, o la declaración sobre la titularidad del dominio, o la entrega de la posesión, o la nulidad de inscripciones en Registros públicos, etc., concluye afirmando que en los casos particulares en que se puede pedir la imposición de sanciones específicas diversas a la indemnización (v.g., la pretensión de restitución del bien afectado en los procesos por delitos o faltas contra la propiedad), no pueden confundirse tales sanciones específicas con declaraciones civiles que sólo pueden ser hechas por los órganos jurisdiccionales del orden civil. El mismo autor confirma esta opinión en *El proceso penal*, Madrid, Agesa, 1982, págs. 140-141.

Se muestra partidario de la misma postura, pero de forma más moderada, FONT SERRA, E., *La acción civil...*, cit., pág. 21, según el cual dichas declaraciones no pueden formar parte de la responsabilidad civil derivante del delito, pero no excluye tajantemente que los órganos jurisdiccionales penales se puedan pronunciar sobre las mismas, al señalar que es muy dudoso que aquéllos tengan competencia para realizar tal tipo de declaraciones, pues van más allá de la reparación o restitución, por lo que «aunque se realicen por los tribunales penales, no cabe integrarlas en la responsabilidad civil *ex delicto*, siendo obligado entender que se trata de pronunciamientos sobre otras consecuencias civiles del delito». El propio autor, a pesar de declararse contrario a que el órgano jurisdiccional penal pueda realizar declaraciones de nulidad de actos o negocios jurídicos realizados en el contexto del delito enjuiciado, en las págs. 22-23 de la obra citada, se plantea incluso la eficacia que tendrá, en atención a la cosa juzgada, la sentencia penal cuando contenga tales declaraciones. En un momento posterior de su obra, pág. 50, sostiene que «cuando la sentencia penal contenga otros pronunciamientos de orden civil se está extralimitando, pues declara cuestiones ajenas a la responsabilidad civil. Así, (...), cuando el Tribunal penal se pronuncia sobre anulación o resolución de actos y contratos, está dando a la acción civil *ex delicto* un contenido no autorizado por la Ley, pues se está pronunciando sobre otras consecuencias civiles del delito».

(37) FENECH, M., *Derecho procesal...*, cit., pág. 429.

(38) FONT SERRA, E., *La acción civil...*, cit., pág. 21.

rompa cuando se pronuncie sobre las cuestiones ofrecidas por ella un titular civil del órgano jurisdiccional» (39).

En caso contrario, podrían quedar desamparados los derechos de terceros, por lo que la determinación de los efectos que respecto de los terceros puedan producir tales declaraciones civiles no puede corresponder al órgano jurisdiccional penal.

- c) Para conseguir el total restablecimiento del orden anterior al delito, al ofendido por el mismo le queda reservado el ejercicio ante la jurisdicción civil de las acciones correspondientes, «sin correr el riesgo de que los terceros legítimamente interesados y la seguridad jurídica sufran perjuicio injusto por ello», señalándose además que la pretensión de restitución no excluye la indemnización de los perjuicios (art. 110.3.º CP) (40).

Por contra, otro sector doctrinal (41) y la reiterada jurisprudencia del TS consideran que los órganos jurisdiccionales penales pueden conocer de todo tipo de cuestiones civiles conexas, es decir, siempre que se deriven, de alguna manera, del hecho delictivo, ya que se considera que el juzgador, al realizar tales declaraciones, está actuando dentro del ámbito marcado por el artículo 110.1.º CP y 100 LECRIM.

La jurisprudencia del TS ha afrontado la cuestión, sobre todo al pronunciarse sobre delitos de alzamiento de bienes, considerando que «los tribunales penales pueden y deben llegar, en algunos casos, a la declaración de nulidad de los negocios jurídicos realizados en el contexto del tipo enjuiciado» (42).

(39) FENECH, M., *Derecho procesal...*, cit., pág. 429, y también FONT SERRA, E., *La acción civil...*, cit., pág. 21.

(40) FENECH, M., *Derecho procesal...*, cit., pág. 429.

(41) Vid. CASTEJÓN, F., *La declaración...*, cit., págs. 19-24, quien defiende que puede formar parte de la pretensión civil de restitución la declaración de nulidad del acto o contrato, y la de los asientos que se hayan producido en los registros públicos, especialmente en los supuestos de falsedad documental (v.g., del documento en el cual se consigna el contrato simulado castigado como delito de estafa y otros casos similares), para conseguir la restitución del derecho o la reparación del daño también en su aspecto jurídico, es decir, cuanto sea necesario para la recolocación de la situación de hecho y de derecho en el estado y forma anterior a los hechos delictivos; CARBONELL SERRANO, V., «Anotación de querrela: con motivo de la R. de la DGRN de 1 de abril de 1991», en *Lunes* 4:30, núm. 91, segunda quincena noviembre de 1991, pág. 24, quien sostiene que en los mencionados delitos la reparación a la que tiende la acción de responsabilidad civil consiste en la restauración del orden jurídico alterado, lo que implica la obligación de los órganos jurisdiccionales de declarar la nulidad de los contratos y de las correspondientes inscripciones registrales, siempre «que sean llevados a la causa criminal, como querrelados o como demandados civiles, cuantos puedan resultar afectados por la pretendida declaración de nulidad»; y AVILA NAVARRO, P., *Comentarios de jurisprudencia registral (1990-1993)*, Barcelona, Bosch, 1994, págs. 122 y 312.

(42) STS (Sala 2.ª) de 25 de junio de 1985 (BDA).

Para fundamentar la admisibilidad de las mencionadas declaraciones se argumenta que las mismas son necesarias e imprescindibles para reparar las consecuencias del delito, en cuanto que sin ellas no se podría reponer o restituir el estado de cosas que existía con anterioridad a la comisión del aquél (43).

Los órganos jurisdiccionales penales fundamentan la absoluta necesidad de tales declaraciones de nulidad e ineficacia para poder reintegrar en el patrimonio del imputado-deudor los bienes que salieron fraudulentamente del mismo. Así las STS (Sala 2.^a) de 14 de diciembre de 1985 (BDA), que entiende que «como el delito de alzamiento de bienes no produce lesión o daño, no cabe hablar de reparación o de restitución, pero esa argumentación no es válida, porque produce un perjuicio real, como es la imposibilidad de la acción pauliana para que los bienes vuelvan al patrimonio del deudor, efecto que no puede conseguirse, si no es con la declaración de nulidad de los negocios jurídicos que fueron el instrumento válido para consumar el fraude, nulidad que podrá declararse, si se llevaron a efecto con conocimiento de su finalidad fraudulenta»; de 4 de noviembre de 1981 (BDA), según la cual «los Tribunales de lo penal, con el fin indicado de restablecer el orden jurídico ilícitamente alterado, pueden y deben declarar la nulidad de los mentados negocios, en cuanto no existan obstáculos jurídicos que lo impidan»; y de 16 de noviembre de 1971 (RJA, m. 5204, pág. 3800), en la que se sostiene que «porque el delito de alzamiento de bienes no es un delito contra la propiedad, como se dijo antes, en el que se haya producido un desplazamiento del patrimonio de los perjudicados al de los inculpadados, sino creador de una situación de insolvencia, buscada voluntariamente para no pagar, y de ahí que la sentencia penal no pueda condenar a una reparación de daños todavía inciertos, al menos en su cuantía, sino restablecer el orden jurídico perturbado por el delito que, en este caso, en el aspecto civil, no es otro que el de reintegrar al patrimonio del deudor los bienes indebidamente salidos del mismo, para que la situación de su caudal quede en el mismo estado que tenía antes de perpetrarse el delito, restauración económica que la sentencia lleva a cabo, al declarar nulos los actos de transmisión».

En el mismo sentido se pronuncian también las STS (Sala 2.^a), de 11 de junio de 1984 (BDA), que considera «que lo que corresponde es declarar la nulidad de la escritura de venta de la finca vendida por el procesado a otra persona (...) y la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad, si se hubiese practicado, reponiendo la finca vendida a la situación jurídica en que se encontrase», y de 25 de mayo de 1983 (BDA), según la cual, «los Tribunales de lo criminal tienen la obligación ineludible, con el fin de restablecer el orden jurídico ilícitamente alterado, de declarar la nulidad de todos aquellos negocios o contratos de disposición respecto de los cuales hayan hecho previo pronunciamiento de falsedad, lo mismo que de las inscripciones que en los correspondientes Registros hubiesen producido (...), pues sería un contrasentido tachar de penalmente ilícitos por falsos determinados documentos públicos, y, sin embargo, no hacer pronunciamiento alguno sobre su nulidad y la de las inscripciones que hayan causado», concluyendo en consecuencia que «es claro que no infringe la Ley la Sala sentenciadora cuando hace tal pronunciamiento y ordena la cancelación de las inscripciones causadas por el documento citado, porque a ello venía obligada en estricta observancia de las prescripciones legales ordenadoras de la responsabilidad civil, dentro de la cual caben perfectamente la adopción de aquellas medidas que consistan en restaurar el orden jurídico ilícitamente alterado o perturbado».

Más manifestaciones de esta postura jurisprudencial las podemos encontrar en las STS (Sala 2.^a), de 23 de mayo de 1987 (BDA); de 14 de julio de 1986 (BDA); de 9 de mayo de 1986 (BDA); y de 9 de diciembre de 1978 (RJA, 1978, m. 4121, págs. 3443-3444).

(43) Vid. STS (Sala 2.^a) de 9 de mayo de 1986 (BDA).

Eso sí, en virtud del principio dispositivo, para que proceda la anotación preventiva de querella deberá constar expresamente el ejercicio de las acciones de nulidad o ineficacia de los títulos inscritos y la cancelación de las inscripciones respectivas, precisándose los títulos concretos y los asientos específicos que los registran (44).

Ya hemos visto antes que restituir significa reparar, es decir, reponer las cosas en el ser y estado en que se hallaban con anterioridad a la comisión del delito, y esta reparación se debe considerar tanto desde el punto de vista material como desde el jurídico. La restitución o recolocación además de ser personal o patrimonial, en algunos casos, para poder ser realmente eficaz, debe ser también de derechos. Por lo tanto, las anteriormente mencionadas declaraciones no son otra cosa distinta que restituir o reponer el *statu quo ante* (45).

La solución contraria, «pugna con la necesidad perentoria de destruir la injusticia nacida del delito, que no es compatible sólo con la imposición de la pena, sino también con la restauración de los derechos vulnerados por el criminal». De ahí la necesidad de que la pretensión de restitución deba también quedar cumplida «mediante la *restitución* (restauración) *jurídica* o “recolocación”, no sólo personal y patrimonial, sino también de los derechos, tal como se hallaban antes del ataque criminal» (46) (47).

El propio FENECH, M., *Derecho procesal...*, cit., pág. 428, quien, como ya hemos visto, sostiene la postura contraria, reconoce que «en pro de la respuesta afirmativa puede alegarse que el pronunciamiento sobre estos extremos en la sentencia penal restablece de la manera más o menos perfecta el *statu quo ante*, que es a lo que debe tender, en primer lugar, el resarcimiento».

(44) En este sentido, CARBONELL SERRANO, V., *Anotación de querella...*, cit., págs. 26 y 30, y las STS (Sala 2.^a), de 14 de julio de 1986 (BDA), y de 9 de diciembre de 1978 (RJA, 1978, m. 4121, pág. 3444).

En este punto no puedo compartir la postura de FONT SERRA, E., *La acción civil...*, cit., pág. 20, quien, partiendo de las STS (Sala 2.^a) de 14 de marzo de 1985 (BDA), y de 4 de noviembre de 1981 (BDA), según la cual «los delitos de peligro de la naturaleza del que en este proceso fue objeto de enjuiciamiento, sí pueden producir un daño civil, consistente en el que puede derivarse de la delictiva alteración del orden jurídico civil, cuya restauración deben intentar los tribunales de lo penal, en uso de las facultades que les confiere el párrafo 2.º del artículo 742 de la LECr, según el cual, en la sentencia penal se resolverán todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil objeto del juicio», no sólo reconoce que nuestra jurisprudencia entiende admisible ese tipo de declaraciones como integradas en la responsabilidad civil derivante del delito, sino que además, amparándose en tal precepto, parece sostener que los tribunales penales deben siempre pronunciarse sobre las mismas, independientemente de que la parte acusadora las solicite.

(45) Así, STS (Sala 2.^a) de 9 de mayo de 1986 (BDA).

(46) CASTEJÓN, F., *La declaración...*, cit., págs. 19 y 23.

(47) Vid. el artículo 38, II LH, que dispone que «no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente, a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente».

Además la segunda postura presenta también ventajas de carácter práctico, pues, como se ha señalado, «las propuestas anteriores no contrarían la legislación vigente, sino que, arrancando de ella, aspiran a realizar el ideal de proceso rápido, concentrado y económico (de economía procesal) que es la meta moderna, frente al antiguo procedimiento, lento, múltiple (en singulares y diversos juicios o jurisdicciones) y dispendioso o farragoso» (48).

Independientemente de la postura que se adopte (49), piénsese, por ejemplo, en la paradójica situación que se produciría si la sentencia penal estimase la pretensión de restitución, obteniendo así el querellante la disponibilidad física del bien, pero no se pronunciase sobre la nulidad e ineficacia del documento o título inscrito y no cancelase la inscripción correspondiente, siendo necesario pues, para obtener tal declaración y cancelación, acudir a la vía civil, una vez finalizado el proceso penal.

En este caso se produciría un desajuste y contradicción entre la realidad fáctica y jurídica propiciada por la sentencia y la realidad registral, ya que al querellante le sería reintegrada la disponibilidad material del bien, mientras que en el Registro de la Propiedad el condenado seguiría figurando como titular del bien en cuestión, presumiéndosele la propiedad y posesión del mismo (50).

Si el órgano jurisdiccional penal no se pronunciara sobre la nulidad e ineficacia del documento o título inscrito y sobre la cancelación de la inscripción correspondiente, el titular registral disfrutaría de todas las consecuencias y ventajas que se derivan de la inscripción, y, en concreto, podría entrar en juego el principio de legitimación o de presunción de exactitud y validez de los libros del Registro, según el cual «los asientos del Registro (...) están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud» (art. 3.1 LH).

A su vez, la vigencia de tal principio de legitimación podría posibilitar la aparición del tercero hipotecario del artículo 34 LH, y la aplicación del principio de fe pública registral, que haría irreivindicable la propiedad del bien, con que la sentencia estimatoria de la pretensión civil de restitución quedaría vacía de contenido (51).

(48) CASTEJÓN, F., *La declaración...*, cit., págs. 23-24.

(49) Estudiando esta cuestión, el autor anteriormente citado, pág. 11, advierte que la misma se enmarca «en una esfera, no legal, ni antilegal, sino estrictamente extralegal, porque se tiende a tratar de una materia que la ley no regula, ni prohíbe».

(50) Vid. el artículo 38, I LH, en el que se dispone que «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».

(51) Vid. el supuesto práctico recogido por BONÉ PINA, *Anotación preventiva...*, cit., pág. 1004, en el que el órgano jurisdiccional acordó la anotación de la querella «para

Para evitar tal situación es necesario que los órganos jurisdiccionales penales se puedan pronunciar también sobre la nulidad del documento o título inscrito y sobre la cancelación del asiento correspondiente. Es decir, en algunos casos, no sólo bastará el restablecimiento de la situación de hecho perturbada, sino que también será necesaria la restauración de la situación de derecho. Para ello la restitución deberá afectar también al Registro, corrigiéndose la inexactitud de sus asientos a través de la declaración de nulidad e ineficacia de los títulos o documentos inscritos y la cancelación de la inscripción correlativa.

Sí es necesario, pues, admitir que pueden formar parte de la pretensión civil de restitución las declaraciones de nulidad de los documentos o títulos inscritos y las cancelaciones de las respectivas inscripciones, resulta patente la posible utilidad de una medida cautelar como la anotación preventiva de querella, o mejor, de la acción civil ejercitada en la querella, para asegurar la efectividad, no sólo fáctica sino principalmente jurídica, de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión civil de restitución (52).

Por otra parte, ya hemos visto que, en contra de la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales penales se pronuncien sobre pretensiones en las que se solicite la nulidad, anulación o resolución de actos o negocios jurídicos causados por el delito, se alega también que tales pronunciamientos podrían atentar contra la seguridad jurídica y perjudicar los derechos de terceros de buena fe.

evitar que aparezcan terceros de buena fe, que amparados por la protección registral, devengan en propietarios, impidiendo la satisfacción del ofendido por el delito».

(52) AVILA NAVARRO, P., *Comentarios...*, cit., págs. 122 y 312, comentando la RDGRN de 1 de abril de 1991, considera admisible la anotación preventiva de querella cuando se hubiera solicitado la nulidad de una transmisión inscrita, al sostener que «la querella o, incluso, el procedimiento penal incoado de oficio, hubieran sido anotables si se hubiese pedido o se previese una resolución de nulidad de una enajenación inscrita o de aseguramiento con garantía real, incluso con embargo de la obligación de indemnizar».

ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*, t. III. Proceso penal (con MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J. L., y MONTÓN REDONDO, A.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 470, al estudiar las medidas cautelares patrimoniales o reales del proceso penal y del proceso civil acumulado advierte que respecto a las responsabilidades de tipo pecuniario que en un proceso penal pueden declararse, debe hacerse una distinción entre las que forman parte de la responsabilidad penal (v.g., la pena de multa —art. 50 CP—) y las que integran la responsabilidad civil derivada del delito (art. 109 CP), y, en consecuencia, al considerar las medidas cautelares patrimoniales o reales, las clasifica en: a) Medidas cautelares del proceso penal, «que son aquéllas que aseguran la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia que se dicte y que tengan un contenido patrimonial: es decir, de la pena de multa, de la consecuencia accesoria de comiso y de las costas procesales», y b) Medidas cautelares del proceso civil acumulado, «que garantizan la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia que se dicte; es decir, la restitución de cosas determinadas y la indemnización de daños y perjuicios», entre la que habría que incluir, a mi entender, la anotación preventiva de la acción civil ejercitada en la querella.

Tal inconveniente se puede obviar, por una parte, interponiendo también la pretensión civil de restitución contra los terceros civilmente responsables (arts. 116-122 CP, y 615-621 LECRIM, y, por otro lado, en ciertos supuestos, a través precisamente de la anotación preventiva de querella, que advertiría a los terceros de la posible nulidad o inexactitud de la inscripción registral.

En definitiva, si tenemos en cuenta que la anotación preventiva de querella, al igual que la de demanda, tiende a garantizar la ejecución específica de la sentencia que se pudiera dictar, es decir, trata de mantener el *status quo* registral de un bien inmueble para asegurar el efectivo cumplimiento del eventual fallo estimatorio de la pretensión civil acumulada de restitución, no encuentro obstáculo para que se anote preventivamente una querella siempre que la acción civil acumulada pueda tener alguna trascendencia registral (53).

(53) Vid., la postura favorable a la práctica de la anotación preventiva de querella manifestada por BONÉ PINA, *Anotación preventiva...*, cit., págs. 1005-1006. Según este autor, el órgano jurisdiccional penal, en lugar de tal medida cautelar, con base en el artículo 26-2.º LH, también podría haber adoptado «mediante Auto motivado, una prohibición de disponer sobre la finca controvertida, resolución esta que podría ser anotada preventivamente de acuerdo con el artículo 42.4.º y que, a diferencia de la del párrafo primero provocaría el cierre registral (art. 145 del RH)».

Sin embargo, por mi parte, considero que es más apropiada una anotación preventiva de querella que una anotación preventiva de prohibición de disponer, ya que esta última presenta un carácter más gravoso, en cuanto provoca el cierre del Registro, mientras que la primera, dada su naturaleza cautelar, aun no impidiendo la transmisión del bien, garantiza satisfactoriamente la efectividad de la eventual sentencia estimatoria.

Por su parte, MOLINA PASCUAL, E., «El artículo 165 del Reglamento Hipotecario», en *RDJ*, 1964, págs. 60-61, hace una breve referencia de las resoluciones judiciales que, a lo largo del proceso penal, pueden anotarse o inscribirse en el Registro de la Propiedad, «en la llamada pieza de responsabilidad civil que deberá formarse a tenor de lo dispuesto en los artículos 589 y 590, y en la de responsabilidad civil subsidiaria, que deberá instruirse a su vez de conformidad con lo dispuesto en el artículo 619, pues es en dichas actuaciones donde se llevarán a cabo hipotecas y embargos sobre bienes inmuebles», pero obviando cualquier mención sobre la anotación preventiva de querella.

Antes de que fuera suprimida la pena de interdicción civil por la Ley 6/1984, de 31 de marzo, MONTES REYES, A., *Registro y proceso: anotaciones preventivas*, Salamanca, Publicaciones del Departamento de Derecho Procesal, 1978, págs. 62-63, afrontó el estudio de la anotación preventiva en relación con la existencia de un proceso penal. En concreto, se planteó el modo de hacer constar en el Registro la pendencia de un proceso que pudiera traer como consecuencia la inscripción de la resolución en que se imponga la pena de interdicción civil, al amparo de lo dispuesto por los artículos 42-5.º y 2-4.º LH. Según dicha autora, era necesario que constara en el Registro la existencia de ese proceso para garantizar la efectividad de la eventual sentencia que se pudiera dictar, pero tal constancia no se podía conseguir a través de la anotación preventiva de demanda, pues no existía ninguna, ni por medio de una anotación preventiva de querella, ya que «no es esta anotación una de las diligencias que es posible solicitar en aquella, según los términos del artículo 277 de la LECrim». Para salvar esta dificultad, acudió al artículo 43, III LH, que admite la posibilidad de que el órgano jurisdiccional decreta de oficio la anotación preventiva de la demanda de incapacidad, «cuando no hubiere interesados que la reclamen, siempre que el juzgador, a su prudente arbitrio, lo estime conveniente para

4.3. LA QUERELLA SE PODRÁ ANOTAR PREVENTIVAMENTE CUANDO EN EL PROCESO CIVIL ACUMULADO SE EJERCITEN ACCIONES QUE PUEDAN TENER ALGUNA TRASCENDENCIA REGISTRAL

En primer lugar, conviene advertir que cuando un órgano jurisdiccional se pronuncia sobre la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda, además de examinar la concurrencia de los presupuestos necesarios, debe de comprobar que dicha demanda sea el continente de una pretensión o acción real sobre bienes inmuebles registrables, o de una pretensión o acción personal que sea susceptible de conducir a una modificación jurídica de carácter real.

Dicho de otra manera, requisito previo para poder adoptar una anotación preventiva de demanda es que la pretensión contenida en la **propia** demanda pueda tener alguna trascendencia registral (54).

asegurar el efecto de la sentencia que pueda recaer en el juicio», concluyendo que tal anotación debería denominarse de procedimiento, ya que, a su entender, no se trataba de una anotación de demanda, ni tampoco de querella.

Por mi parte, no puedo compartir tal opinión, pues, por un lado, aunque la anotación sea decretada de oficio por el órgano jurisdiccional, no por eso deja de ser una anotación preventiva de la demanda de incapacidad interpuesta o de la querella en la que se solicita la imposición de una pena que lleva aparejada la de interdicción civil, y porque, por otro lado, no entiendo que el órgano jurisdiccional pueda acordar de oficio tales anotaciones preventivas, y no, por el contrario, a instancia de los particulares interesados.

En relación con la misma cuestión, CAMPUZANO Y HORMA, F., *Principios generales de derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*, Madrid, Reus, 1925, págs. 557 y 560, entendió que «esta pena (la de interdicción civil) se obtiene, no en virtud de una demanda civil, sino en virtud de una causa criminal y no puede tener, por lo tanto, aplicación el artículo 42 que habla sólo de demandas, no comprende en su letra las causas criminales en las que no hay demanda, en este caso ¿qué es lo que se anota? Según la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, parece que la demanda equivale al escrito de calificación salvo cuando hay querella. Pero este es un extremo oscuro sobre el cual nada puede afirmarse con seguridad», añadiendo que «tratándose de penas de interdicción, se plantea el problema de si el Juez puede, de oficio, ordenar esta anotación. Como en realidad no hay demanda que anotar, ni podría expresarse el nombre del demandante, como ordena en el número 6.º del artículo 141, parece que sólo cuando el fiscal pida que se anote la incapacidad presunta, podrá verificarse así tomando para ello la palabra demanda, más en su concepto gramatical que en su significación jurídica, haciéndola sinónima de petición».

(54) Téngase en cuenta el artículo 7 RH que dispone que «no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales (...), sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique (...) algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales», y el artículo 9 de la misma norma, según el cual «no son inscribibles la obligación de restituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble (...), sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento, o se tome anotación, cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la Ley».

En consecuencia, aunque el artículo 42.1.º LH disponga que podrá solicitar la medida cautelar de anotación preventiva de demanda «el que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real», tanto la doctrina científica (55) como la de la DGRN (56) y la jurisprudencia (57) son unánimes a la hora de permitir la anotación preventiva de la demanda en la que se ejercite una acción personal, siempre que pueda tener alguna trascendencia registral.

Es por ello que no comparto el parecer de la propia DGRN (58) y de parte de la misma doctrina (59) cuando, por el contrario, no admiten la práctica de una anotación preventiva de querella, o mejor, de la acción civil ejercitada en la querella, cuya estimación podría desembocar en una resolución inscribible de modificación jurídico-real sobre el bien en cuestión, alegando el sistema de *numerus clausus* de anotaciones preventivas que rige nuestro Derecho registral (60).

Si tenemos en cuenta que la demanda es el acto procesal de parte por el que se interpone completamente o se prepara la interposición de una pretensión civil, y que en caso de acumulación del proceso civil al penal, la querella es el continente por medio del cual se puede ejercitar la acción penal y la civil acumulada, no parece que exista ningún obstáculo teórico ni práctico para que se practique la anotación preventiva de querella.

(55) Vid., por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, F., *La anotación preventiva de demanda*, Barcelona, Bosch, 1980, págs. 65-72; ROCA SASTRE, R. M.^a-ROCA-SASTRE MANCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, VI, Barcelona, Bosch, 1997, págs. 362-368; CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *Estudios de Derecho Hipotecario*, t. II, 1994, Madrid, Marcial Pons, 1994, págs. 1106-1112; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, v. 5, Pamplona, Aranzadi, 1983, págs. 768-773; y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Práctica hipotecaria*, cit., págs. 62-63.

(56) Vid., entre otras muchas, las RDGRN de 26 de mayo de 1997 (*BCRE*, núm. 28, 1997, págs. 1898-1902), y de 24 de junio de 1991 (*BDA*).

(57) Vid., por ejemplo, el ATSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) de 10 de septiembre de 1996 (*BDAC*); el AAP de Castellón de la Plana (Sección 1.ª) de 20 de mayo de 1996 (*BDAC*); y la STS (Sala 1.ª) de 18 de noviembre de 1993 (*BDA*).

(58) Vid., las resoluciones citadas en la nota 21.

(59) Vid. ROCA SASTRE R. M.^a-ROCA-SASTRE MANCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, IV, Barcelona, Bosch, 1997, pág. 294, nota 15, y *Derecho hipotecario*, VI, cit., pág. 368, nota 21, según el cual las resoluciones a que hace referencia la nota anterior «no autorizan, naturalmente, la anotación preventiva de una querella criminal por presunto delito de alzamiento de bienes para el aseguramiento de las responsabilidades civiles», y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Práctica hipotecaria*, cit., págs. 65-66.

(60) Vid. AVILA NAVARRO, P., *Comentarios...*, cit., pág. 312, según el cual «hay que concluir que ni la querella ni la demanda pueden anotarse cuando se pretende en ellas la declaración o el cumplimiento de una obligación personal, como el pago de una deuda o la exigencia de una responsabilidad civil; pero sí cuando la acción pretende una modificación jurídico-real, como hubiera sido la nulidad de una enajenación inscrita o el embargo que asegurase la obligación de indemnizar».

Negar la práctica de la anotación preventiva de la acción civil ejercitada en la querella argumentando que dicha anotación no está prevista por el sistema de lista cerrada que establece nuestra legislación, me parece una postura excesivamente formalista y contradictoria.

Formalista, porque lo que realmente importa no es que la acción civil se ejercite a través de una demanda o de una querella, sino el objeto de dicha acción, es decir, que la pretensión civil pueda tener alguna trascendencia jurídico-real. Como acertadamente se ha dicho, con la anotación preventiva de demanda lo que realmente se anota es el ejercicio de una acción que pueda afectar a una titularidad registral, por lo que perfectamente podría denominarse anotación de impugnación de una titularidad registral (61).

La impugnación de una titularidad registral, unida normalmente a una simultánea impugnación del título que la provocó, «tiene lugar normalmente en una demanda y eventualmente en una causa criminal nacida de una querella en la que se ejercita a la vez la acción civil». Por lo tanto, no existe, en puridad, «anotación de demanda ni de querella, hay anotación de una impugnación, verificada por los Tribunales, de una titularidad registral, que puede darse en procedimientos civiles y, en determinados supuestos, en causas criminales» (62).

Contradictoria, porque tanto la jurisprudencia como la doctrina que niegan la anotación preventiva de querella, alegando el sistema de *numerus clausus* de anotaciones preventivas, son las que violan dicho sistema, ya que realizando un importante esfuerzo interpretativo, supliendo así la defectuosa redacción del artículo 42.1.º LH, admiten anotaciones preventivas de demanda en las que se ejercitan acciones personales de trascendencia registral, cuando nuestro sistema de lista cerrada aparentemente sólo admite las anotaciones preventivas de demanda en las que se ejercite una acción real. Por otra parte, si interpretando ampliamente el mencionado precepto, la DGRN permite anotar el ejercicio de acciones de nulidad de un título con trascendencia registral (testamento, contrato, etc.), no se entiende por qué es posible la anotación si dicha pretensión se formula en un proceso civil y no si se hace valer en una causa penal (63).

(61) Vid. CARBONELL SERRANO, V., *Anotación de querella...*, cit., pág. 25, y CAMPUZANO Y HORMA, F., *Principios generales...*, cit., pág. 560, el cual, estudiando la posibilidad de hacer constar en el Registro la pendencia de un proceso que pueda dar lugar a una resolución en la que se impusiera la pena de interdicción civil, entendió, a tal efecto, que la anotación podría verificarse, «tomando para ello la palabra demanda, más en su concepto gramatical que en su significación jurídica, haciéndola sinónima de petición».

(62) CARBONELL SERRANO, V., *Anotación de querella...*, cit., págs. 25 y 31, quien añade que «en ambos casos es la misma acción la que se ejercita, iguales los efectos pretendidos y necesariamente igual debe ser la respuesta hipotecaria: admitir la constancia registral de la impugnación formulada para garantizar la efectividad de la sentencia que en su momento se dicte».

(63) Vid. CARBONELL SERRANO, V., *Anotación de querella...*, cit., págs. 30-31.

Es de señalar además que nuestro TC ha adoptado anotaciones preventivas de las demandas de amparo, siempre que pudieran tener trascendencia registral (64), y que, la propia DGRN, inclinándose hacia una interpretación amplia y espiritualista de la anotación preventiva de demanda, ha admitido, al amparo del artículo 42.1.º LH, la anotación preventiva de sentencias, fir-

(64) Vid. ATC de 26 de marzo de 1990 (citado por STC 14/1995 [Sala 1.ª] de 24 de enero de 1995, en BDJC); ATC 148/1990 (Sala 2.ª) de 2 de abril de 1990 (BJC, 1990, pág. 1449); ATC 181/1990 (Sala 1.ª) de 23 de abril de 1990 (BDJC); ATC (Sala 2.ª) de 26 de julio de 1993 (BDGD, ref. 93AC120); ATC (Sala 1.ª) de 19 de septiembre de 1994 (BDGD, ref. 94AC128); ATC 81/1995 (Sala 2.ª) de 6 de marzo de 1995 (*Lunes 4:30*, núm. 171, primera quincena de julio de 1995, págs. 14-15); ATC 114/196 (Sala 2.ª) de 30 de abril de 1996 (BDJC); y ATC 164/1996 (Sala 2.ª) de 24 de junio de 1996 (BDA). En el último Auto citado se recoge toda la jurisprudencia del TC sobre la anotación preventiva de la demanda de amparo, al disponerse que:

«En nuestro sistema hipotecario los supuestos de anotación preventiva son taxativos, de suerte que sólo procede en los casos expresamente previstos en la Ley. Hemos de examinar, por ello, si la anotación preventiva de la demanda que promueve un proceso constitucional de amparo puede tener encaje en alguno de los casos contemplados en la Ley, pues el artículo 42.1 LH sólo prevé este peculiar asiento registral, que anuncia la pendencia de un proceso cuya decisión final puede implicar la ineficacia o inoperancia jurídica de los títulos inscritos con posterioridad, en el caso de quien demanda en un proceso judicial la propiedad o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier otro derecho real sobre un bien inmueble.

Al respecto ya señalamos en el ATC 81/1995 que si bien en la demanda de amparo no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades fundamentales por razón de los cuales se formula el recurso (art. 41.3 LOTC), la declaración de nulidad del acto o resolución judicial que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos es uno de los pronunciamientos que puede contener la sentencia que otorgue el amparo [art. 55.1.a) LOTC]; de lo que se sigue que la sentencia recaída en un recurso de amparo puede producir los mismos efectos sobre la eficacia jurídica de los títulos inscritos en el Registro de la Propiedad que las resoluciones judiciales, razón por la cual en los supuestos del artículo 42.1 LH han de entenderse incluidos también los relativos a las demandas de amparo, que si no se mencionan es porque en la época en que se dictó el precepto no existía la jurisdicción constitucional. Interpretación a la que, por otra parte, se llega sin dificultad, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma y a la nueva realidad que resulta de la existencia del Tribunal Constitucional, conforme a los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del Código Civil.

De este modo, a través de la publicidad registral que garantiza la anotación preventiva, se consigue cautelarmente, frente a los actos posteriores que puedan perjudicarlos, preservar los derechos inscritos del demandante de amparo afectados por la vulneración del derecho fundamental objeto del proceso constitucional.

Si el artículo 56 LOTC faculta al Tribunal Constitucional para acordar como medida cautelar la suspensión de la ejecución del acto o resolución recurrida en amparo, con mayor razón podrá acordar una medida cautelar que, como la anotación preventiva de la demanda de amparo, no exige ni presupone la suspensión de la efectividad de la resolución recurrida y, simplemente, anuncia registralmente frente a los terceros, la pendencia del proceso constitucional con sus eventuales consecuencias sobre los derechos inscritos».

Véase también, por el contrario, la PTC (Sección 2.ª) de 21 de enero de 1993 (citada por STC 52/1994 [Pleno] de 24 de febrero de 1994, en BDJC), que acordó que no había

mes o no, en trámite de ejecución (65), cuando dichas anotaciones preventivas no están tampoco normativamente previstas (66).

4.4. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA

En relación con los presupuestos necesarios para poder adoptar la anotación preventiva de querella, se puede plantear la duda de si para su determinación hay que acudir a la aplicación analógica de la normativa registral (arts. 43, I LH y 139, I RH) o, por el contrario, del artículo 589 LECRIM, que regula las medidas cautelares patrimoniales en el proceso penal y en el

lugar a la anotación de la demanda de amparo solicitada por el recurrente, alegando éste que de ser estimada la demanda podría derivarse una modificación jurídico-real, a cuya adopción se había opuesto la parte recurrida, argumentando que al ser aquélla una garantía para la efectividad del derecho material que se deduce en el proceso, era ajena al proceso ante el TC.

(65) Vid. las RDGRN de 19 de septiembre de 1990 (BDA), que acuerda la extensión de la anotación preventiva de una sentencia firme que está en trámite de ejecución, por la que se declara el derecho del demandante a retraer cierta finca y se condena al demandado al otorgamiento de la correspondiente escritura pública, aunque el Registrador se había opuesto a la práctica de tal anotación por no estar contemplada en ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 42 LH, argumentando que «puesto que se trata de un derecho en fase de desenvolvimiento, que ha de agotarse en la adquisición dominical a favor de su titular, y dado que dicho desenvolvimiento tiene lugar en vía judicial, parece más adecuado un asiento provisional, cual la anotación preventiva, cuya admisibilidad viene respaldada por los números 1 y 3 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria pues, en definitiva, se trata de asegurar las resultas de una actuación jurisdiccional que ha de concluir, a falta de cumplimiento voluntario, en la producción de una mutación jurídico-real, sólo que dicho aseguramiento no se solicita en el momento inicial del procedimiento sino en una fase posterior», y de 12 de noviembre de 1990 (AVILA NAVARRO, P., *Comentarios...*, cit., pág. 80), que siguiendo una concepción amplia de la anotación preventiva de demanda, admite que la sentencia no firme, en cuanto situación litigiosa que afecta a derechos inscritos, es susceptible de ser anotada preventivamente.

La doctrina también se muestra partidaria de la posibilidad de anotar preventivamente una sentencia no firme, razonando que el artículo 139 RH no sólo admite la solicitud de anotación preventiva de demanda en el momento de interponer la demanda, sino también después, y que si se admite tal anotación preventiva, con mayor razón se debería admitir la anotación de una sentencia no firme pero que en su día puede llegar a serlo. Sobre el particular, véanse CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., «Comentario a la RDGRN de 30 de junio de 1967», en *RDPRIV*, 1967, págs. 900-905; ROCA SASTRE R. M.VROCA-SASTRE MANCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, VI, cit., pág. 377, nota 43; y AVILA NAVARRO, P., *Comentarios...*, cit., págs. 72-73, 80 y 285-286.

(66) Téngase en cuenta también que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, no solamente admite como medida cautelar «la anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos», sino también «otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución» (art. 726-6.^a y 7.^a).

proceso civil acumulado, y, en concreto, aquéllas que tienden al aseguramiento de la condena al pago de una cantidad de dinero (fianza o embargo). Sin embargo, atendiendo a cada uno de los presupuestos, tal cuestión tiene menos trascendencia práctica de lo que, a primera vista, parece.

a) *Fumus boni iuris*

En el supuesto de que fuese admisible la anotación preventiva de querrela, en relación con el *fumus boni iuris*, la DGRN considera que dicho presupuesto debería venir dado por el resultado de la investigación desarrollada en la instrucción, mediante una aplicación analógica del art. 589 LECRIM (67), al sostener que la anotación preventiva de querrela «ha de ser ordenada por el Tribunal cuando se cumplan las condiciones determinadas en el citado artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a saber que resulten indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas, lo que no ha sucedido en el presente caso, en el que el Tribunal se ha limitado a trasladar la petición del interesado de anotarse la querrela» (68).

Es decir, en su caso, habría que estar a la previsión del artículo 589 LECRIM, para que el Juez penal, una vez resulten indicios racionales de criminalidad contra persona determinada, pudiera adoptar tal medida cautelar, ya que de la mera admisión de la querrela no se derivaría, según tales resoluciones, la posibilidad de ordenar la práctica de la anotación preventiva (69).

Tratándose de anotación preventiva de demanda, en relación con el acreditamiento de la situación jurídica cautelable, el artículo 43.I LH dispone que no podrá concederse la anotación preventiva de demanda sino «en virtud de documento bastante al prudente arbitrio del juzgador». En cuanto a qué se debe entender por documento bastante, la opinión generalmente admitida

(67) Artículo 785-8.^a b), para el proceso penal abreviado, que requiere que sea probable la responsabilidad del imputado.

(68) RDGRN de 1 de abril de 1991 (BDA); de 9 de diciembre de 1992 (BDA); de 10 de diciembre de 1992 (BDA); y de 11 de diciembre de 1992 (BDA).

Vid., el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 17 de noviembre de 1994 (BDA), según el cual también «hay que notar las amplias posibilidades que al Juez penal le ofrece el artículo 13 de la Ley Procesal Penal, que permite tomar cuantas medidas precautorias sean precisas para dar protección a los perjudicados por el presunto delito».

(69) Defiende la doctrina sentada por las citadas RDGRN, BONÉ PINA, *Anotación preventiva...*, cit., págs. 1005-1006. Para GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Práctica hipotecaria*, cit., pág. 67, la exigencia de indicios de criminalidad en un requisito «quizá menos necesario, en la medida en que el juez, para admitir a trámite la querrela, ya realiza una apreciación previa de que existen indicios de criminalidad, porque de no ser así no la admitiría a trámite».

interpreta el concepto de suficiencia en el sentido de probabilidad cualificada de éxito y alcance de la demanda (70).

En consecuencia, salvando las diferencias, se puede considerar que el régimen del *fumus boni iuris* será idéntico tanto en el caso de la anotación preventiva de demanda como en el de querella, pues en este último supuesto, la existencia de indicios racionales de criminalidad contra persona determinada puede fundar fácilmente un juicio provisional favorable de éxito de la pretensión civil acumulada interpuesta por el querellante, sin que sea necesario, en principio, presentar documento bastante (71).

(70) Vid., entre otros, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español* (con CALDERÓN CUADRADO, M.^a P.), Granada, Comares, 1996, págs. 14 y 75, y RAMOS MÉNDEZ, F., *La anotación...*, cit., págs. 128-129.

(71) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 471, para quien el *fumus boni iuris* viene dado por el resultado de la investigación practicada en el procedimiento preliminar. Es decir, «tratándose de medidas dirigidas frente al imputado, el *fumus* está dado cuando "resultan indicios racionales de criminalidad" (art. 589), o sea, de otro modo probable su responsabilidad [art. 785-8.^a, b) para el proceso abreviado...]». El mismo autor, en «Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal», en *RGLJ*, pág. 1978, págs. 472-473, identifica, en sede penal, el *fumus* con «un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida, y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una pena», por lo que, según su opinión, el presupuesto del *fumus boni iuris* se formula en el proceso penal de manera esencialmente idéntica a como se hace en el civil.

En el mismo sentido parece manifestarse GIMENO SENDRA, V., *El proceso de «Habeas Corpus»*, Madrid, 1985, págs. 65 y 32, al exigir la «razonable atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho punible».

ARANGÜENA FANEGO, C., *Teoría general...*, cit., págs. 25-48, afirma la exigibilidad del *fumus boni iuris* como presupuesto de las medidas cautelares reales en el proceso penal, pero en un sentido radicalmente opuesto al civil; «no como apariencia del derecho en quien se verá favorecido por la tutela cautelar, es decir, como exigencia de que a su adopción preceda un juicio o razonamiento a través del cual el órgano jurisdiccional pueda prever que la resolución final resultará favorable a aquél que solicita la medida cautelar», por lo que entiende que en lugar de hablar de *fumus boni iuris* habría que hablar de *fumus mali iuris* o de *fumus commissi delicti*.

Por su parte, FONT SERRA, E., *La acción civil...*, cit., págs. 64-65, entiende que el artículo 589 LECRIM establece dos presupuestos distintos: por un lado, la existencia de indicios razonables de criminalidad, que según el autor significan razones de probabilidad para presumir la responsabilidad patrimonial y la imposición de responsabilidades pecuniarias, es decir, «siempre que existan motivos para suponer a una persona responsable criminal, existen igualmente razones para presumir su responsabilidad patrimonial o pecuniaria en el proceso penal»; y, por otro lado, el *fumus boni iuris*, que «supone que existen derechos aparentes que deben protegerse, cuya satisfacción comportará que el patrimonio del imputado quede sujeto a responsabilidad».

b) *Periculum in mora*

De la interpretación del artículo 589 LECRIM se puede deducir que dicho precepto no tipifica tal supuesto, ni encomienda su apreciación concreta al órgano jurisdiccional, por lo cual no es necesario alegarlo ni probarlo, de manera que tal supuesto no tiene una influencia concreta para denegar o conceder la medida cautelar (72).

En necesario tener también en cuenta que, para la anotación preventiva de demanda del artículo 42.1.º LH, tampoco se requiere expresamente el supuesto del *periculum in mora*. Dicho supuesto simplemente forma parte de la *ratio iuris* de las normas que establecen esta medida cautelar (73). En otras palabras, no se exige que concurra un peligro en el retardo para la concesión de la anotación preventiva de demanda, sino que, en este caso, es suficiente el propio peligro genérico que resulta de la interposición de una demanda que tenga trascendencia registral, a causa de la operatividad de los principios de legitimación registral y de fe pública registral respecto de terceros (74).

Como se ha señalado, «el *periculum in mora*, propio de las medidas cautelares, está también presente en la anotación preventiva de demanda, aunque resulte de una situación meramente objetiva: un proceso judicial con alcance registral» (75), y por ese motivo la norma reguladora «no exige que se dé una concreta posibilidad de que ello ocurra, sino que se conforma con la mera posibilidad» (76).

(72) Así ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 472, para quien el *periculum in mora* «constituye, simplemente, la *ratio* de la norma que establece la medida».

En el mismo sentido se manifiestan PEDRAZ PENAL VA, E., *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Madrid, 1985, págs. 96-99, quien considera que, aun sin presentar alguna de las notas que coimplica en el proceso civil, el *periculum in mora* constituye uno de los supuestos de las medidas cautelares en el proceso penal, y ARANGÜENA FANEGO, C., *Teoría general...*, cit., págs. 57-62 y 69, quien, siguiendo al anterior autor, sostiene que tal supuesto «constituye un principio informador de las medidas cautelares reales» aunque con algunas peculiaridades, pues «no se precisa su alegación y demostración, como sucede en el proceso civil, sino que el peligro está presente en la intención del legislador al regular las medidas cautelares. Así ha considerado que el mero transcurso del tiempo necesario para que se llegue a la resolución definitiva, se presume ocasión de peligro suficiente para que deban ser adoptadas medidas cautelares con el fin de hacer posible la efectividad práctica de su futura resolución final».

(73) Razonamiento puesto de manifiesto por ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial...*, cit., pág. 15.

(74) Vid. la RDGRN de 6 de julio de 1962 (RJA, m. 3147, págs. 2157-2158).

(75) Así, RAMOS MÉNDEZ, F., *La anotación preventiva...*, cit., págs. 122-124, según el cual este carácter objetivo del *periculum in mora* hace que el mismo pierda «el carácter de supuesto de la anotación preventiva de demanda para convertirse en algo connatural a la medida misma, en su propio fundamento».

(76) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial...*, cit., pág. 75.

De lo argumentado deriva que, cuando se solicite la anotación preventiva de demanda o de querella, normalmente no será necesario acreditar tal peligro, ya que éste existe siempre, en la medida que la mecánica registral protege los derechos adquiridos por los terceros de buena fe.

c) *La caución*

En el ámbito jurisdiccional civil es frecuente que el poder del Juez de adoptar medidas cautelares esté acompañado también del poder de condicionar su concesión a la prestación de una caución, por parte del solicitante de la medida, para asegurar la eventual indemnización que pudiera corresponder al demandado por los daños y perjuicios causados por la adopción de la medida cautelar, en el supuesto de que la demanda fuese finalmente desestimada.

Así ocurre con la anotación preventiva de demanda, para la cual el artículo 139.I RH prescribe que es exigible al actor el ofrecimiento de indemnizar al demandado los (daños y) perjuicios que la anotación preventiva de demanda le pudiera haber causado, en caso de resultar absuelto, «a cuyo efecto el juez podrá exigir la caución que estime adecuada».

Sin embargo, esta contracautela no está prevista para las medidas cautelares patrimoniales o reales del proceso penal y del proceso civil acumulado, por lo que entiendo que tampoco debe ser exigible para la adopción de la anotación preventiva de querella (77).

Obsérvese además que la DGRN, al pronunciarse sobre la anotación preventiva de querella, entiende que la misma «ha de ser ordenada por el Tribunal cuando se cumplan las condiciones determinadas en el citado artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», y que en dicho precepto no se prevé la contracautela que representa la caución.

JOSÉ MARTÍN PASTOR
Area de Derecho Procesal.
Universitat de València (Estudi General)

(77) Vid. PEDRAZ PENALVA, E., *Las medidas...*, cit., págs. 96 y 99, quien advierte que en el proceso penal no está prevista una contracautela como la caución, atendiendo a la naturaleza y función de dicho proceso, y a la situación en que se hallan los perjudicados por el hecho delictivo, y ARANGÜENA FANEGO, C., *Teoría general...*, cit., pág. 59.