



Roj: **STS 3090/2005** - ECLI: **ES:TS:2005:3090**

Id Cendoj: **28079130052005100616**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **13/05/2005**

Nº de Recurso: **6692/2002**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil cinco.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo los Recursos de Casación 6692/2002 interpuestos por D^a. Regina , representada por la Procuradora D^a. María Luisa Noya Otero y asistida de Letrado, siendo partes recurridas la entidad INVERSIONES LAS TERESITAS, S. A., representada por la Procuradora D^a. María de los Ángeles Manrique Gutiérrez y asistida de Letrado, así como la GERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO DEL AYUNTAMIENTO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, representado por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén; promovido contra el Auto dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife), de fecha 18 de julio de 2002, por el que se desestimó el recurso de súplica formulado contra el anterior Auto de fecha 29 de abril del mismo año , por el que se acordó no haber lugar a la anotación preventiva del recurso contencioso administrativo formulado por la recurrente contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 23 de mayo de 1989, de aprobación definitiva del Proyecto de Compensación del Polígono Playa de Las Teresitas; Autos dictados en la Pieza Separada de Medidas Cautelares del Recurso Contencioso Administrativo 67/2002, interpuesto contra el mencionado Acuerdo por D^a. Regina .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la Pieza Separada de Medidas Cautelares del Recurso Contencioso Administrativo número 67/2002, la Sala de lo Contencioso Administrativo de Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de Canarias Andalucía, con fecha 29 de abril de 2002, dictó Auto cuya Parte Dispositiva es del siguiente tenor literal: "No haber lugar a la anotación preventiva solicitada del recurso contencioso administrativo del que la presente pieza dimana".

SEGUNDO.- Interpuesto recursos de súplica por D^a. Regina , fue el mismo desestimado por Auto de la misma Sala de fecha 18 de julio de 2002 .

TERCERO.- La representación procesal de D^a. Regina ha interpuesto recurso de casación contra el citado Auto, formalizándolo en base a los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- En el primer motivo (88.1.d) la recurrente alega la Infracción de los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) y 768 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil , al aplicarse de forma errónea la mencionada normativa estatal en materia de medidas cautelares.

2º. En el segundo motivo (88.1.d) se alega como vulnerada, por errónea aplicación, la doctrina jurisprudencial que sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva se consagra en el artículo 24 de la Constitución .

Y terminaban, en síntesis, suplicando a la Sala la revocación de los Autos recurridos, dictándose nueva Resolución por la que se acceda a la medida cautelar solicitada, ordenando la anotación preventiva del recurso



en el Registro de la Propiedad nº 1 de los de Santa Cruz de Tenerife en todas y cada una de las fincas resultantes del Proyecto de Compensación de Las Teresitas (finca registral matriz 31.782).

CUARTO.- Las representaciones procesales de la entidad INVERSIONES LAS TERESITAS, S. A. así como la del AYUNTAMIENTO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE formularon alegaciones solicitando la desestimación del recurso.

QUINTO.- Mediante Providencia de fecha de 10 de marzo de 2.005 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 27 de abril de 2005, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

SEXTO.- Por providencia de 10 de marzo de 2005 se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 27 de abril en que tuvo lugar.

SÉPTIMO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de D^a. Regina interpone recurso de casación contra el Auto dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife), de fecha 18 de julio de 2002, por el que se desestimó el recurso de súplica formulado contra el anterior Auto de fecha 29 de abril del mismo año, por el que se acordó no haber lugar a la anotación preventiva del recurso contencioso administrativo formulado por la recurrente contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 23 de mayo de 1989, de aprobación definitiva del Proyecto de Compensación del Polígono Playa de Las Teresitas.

SEGUNDO.- Como decimos, la Sala de instancia no accedió a la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva en el recurso contencioso administrativo, alegando para ello, en síntesis, y por lo que aquí interesa, en la siguiente argumentación:

a) En el Auto de 29 de abril de 2002, se expresa: <<En el supuesto considerado, con arreglo a los antecedentes transcritos, además de constatar la omisión del ofrecimiento de caución -en todo caso subsanable-, no apreciamos, de una parte, que la eventual estimación de las pretensiones de la recurrente impliquen una alteración registral, dado que, prima facie, consta la incorporación de sus causantes a la Junta de Compensación; y de otra, que la medida cautelar solicitada aparezca suficientemente justificada, conforme es exigible por la legislación aplicable. Por razón de todo ello, la Sala no accede a dicha anotación».

b) Y, en el Auto de 18 de julio de 2002 que <<procede efectuar las siguientes apreciaciones:

1º.- El Proyecto de Compensación tuvo acceso al Registro de la Propiedad el 26 de junio de 1.996, por tanto la situación registral existente al momento de presentación de la demanda, no se ve afectada por motivo de la sentencia que pueda dictarse en el presente recurso. La parte actora pretende la protección de una situación registral que no es la que el Registro de la Propiedad recoge en el momento de instar el recurso.

2º.- De otra parte, como también se mantuvo en el auto impugnado, no evidencia la parte recurrente la concurrencia de una "justificación suficiente" para la adopción de la medida»

TERCERO.- En su primer motivo de casación, articulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Ayuntamiento recurrente alega la infracción del artículo 129.1 de la misma Ley así como 768 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil, al aplicarse de forma errónea la mencionada normativa estatal en materia de medidas cautelares.

En concreto se hace referencia a la solicitud de nulidad del Acuerdo aprobatorio del Proyecto de Compensación por no haberse aprobado, previa o simultáneamente, las Bases y los Estatutos de la Junta de Compensación, por ausencia del trámite de audiencia a la recurrente y su causante, así como por infracción del principio de no ir contra el concepto y finalidad de las Juntas de Compensación, la nulidad de la escritura de protocolización así como de las inscripciones registrales consecuencia de las mismas; y, a continuación trata de justificar la medida cautelar de anotación preventiva solicitada para evitar que terceros de buena fe adquieran las fincas inscritas, haciendo referencia, de forma concreta al artículo 727.5ª de la nueva LEC así como a la naturaleza de la anotación preventiva, insistiendo en la concurrencia de los requisitos, legal y jurisprudencialmente, exigidos para la procedencia de la anotación: peligro por mora procesal, apariencia de buen derecho, innecesariedad de fianza, y cumplimiento de las características de las medidas cautelares señaladas.

2º. En el segundo motivo de casación, articulado, igualmente, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se alega como vulnerada, por errónea aplicación, la doctrina jurisprudencial que sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva se consagra en el artículo 24 de la Constitución, como consecuencia del criterio seguido de respetar la situación registral al momento de interponerse el recurso, consagrándose el carácter inmutable, inviolable e inalterable de las mismas, con vulneración no solo de los artículos 9 y 24 CE sino también del 1.2 de la Ley Hipotecaria.

CUARTO.- Vistos los anteriores precedentes, y con la finalidad de responder a los dos motivos de casación planteados, debe señalarse que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LJ), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (arts. 129.2 y 134.2 LJ).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del periculum in mora, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

4ª. Desde una perspectiva procedimental la nueva ley apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 "in fine", al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

5ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "numerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

6ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del nº 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

7ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3).

QUINTO.- De las anteriores características del nuevo sistema de medidas cautelares establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio, debemos destacar, ahora, dos aspectos: En primer término, sin ninguna duda, debe destacarse la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado periculum in mora como fundamento de las innominadas medidas cautelares; y, en segundo lugar, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero.

En relación con el citado primer aspecto, así lo ha destacado la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Ley 29/1998.

En los AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000 se señala que «esta Sala ya ha declarado de manera reiterada, en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado



el requisito del periculum in mora>>; resoluciones que señalan que el mismo <<opera como criterio decisor de la suspensión cautelar>>.

Por su parte, los AATS de 2 de noviembre de 2000 y 5 de febrero, 21 de marzo y 25 de junio de 2001 exponen que <<en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, partiendo de aquel principio general, -no otro sentido puede tener el adverbio "únicamente" del artículo 130.1-, se permite al Órgano jurisdiccional en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

a) **la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia** que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;

b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,

c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada>>.

Como hemos señalado en nuestra reciente STS de 18 de noviembre de 2003 <<la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen>>.

SEXO.- La Sala de instancia ha contemplado, en su valoración, ambos criterios (periculum in mora y fumus boni iuris), después de poner de manifiesto la existencia de dos defectos de carácter formal. Esto es, la Sala de instancia ha puesto de manifiesto:

1º. Que ha faltado el requisito exigido en el artículo 67 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, aprobado por Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, relativo a la justificación suficiente para proceder a la anotación.

2º. Que tampoco se ha procedido al ofrecimiento de la caución exigida en el mismo precepto; requisito que, no obstante se califica de subsanable.

3º. Con referencia, sin duda a los dos criterios jurisprudenciales, se expone que (1, periculum) la apreciación de que "la eventual estimación de las pretensiones de la recurrente impliquen una alteración registral"; y ello, a la vista (2, fumus) de que "consta la incorporación de sus causantes a la Junta de Compensación". En concreto, en el segundo de los autos se expone que, lo pretendido por la recurrente es la afectación, con la medida cautelar solicitada el 21 de enero de 2002, de todas y cada una de las fincas de reemplazo creadas por segregación de la finca registral 31.782 ---a la que se agrupó la 4.910, propiedad de la recurrente--- y que derivan del Proyecto de Compensación que tuvo acceso al Registro en fecha de 26 de junio de 1996; esto es, según se expresa, se deniega la medida cautelar de anotación preventiva porque la parte "pretende la protección de una situación registral que no es la que el Registro de la Propiedad recoge en el momento de instar el recurso".



SEPTIMO.- El mencionado precepto establece que "el que promoviere recurso contencioso- administrativo contra los actos de la Administración pública que tengan por objeto la aprobación definitiva de los planes de ordenación, de sus instrumentos de ejecución o de licencias, podrá solicitar, con el escrito de interposición o después, si existiere justificación suficiente, que se tome anotación preventiva sobre fincas concretas y determinadas que resulten afectadas por el acto impugnado, ofreciendo indemnización por los perjuicios que pudieran seguirse en caso de ser desestimado el recurso, de tal forma que la falta de la caución que, en su caso, exija el Tribunal para evitar daños al titular de la finca o derecho anotado, impedirá la práctica de la anotación".

Desde tal perspectiva legal —cuyo incumplimiento ha sido puesto de manifiesto acertadamente por la Sala de instancia— ambos motivos han de ser rechazados a la vista de la eficacia temporal — pretendida por la recurrente— de la anotación pretendida, tanto en el ámbito estrictamente registral como jurisprudencial. Así en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de septiembre de 1999 se señaló que "la anotación preventiva de demanda tiene, desde el punto de vista registral, únicamente la virtualidad de retrotraer a su fecha la sentencia que en su día se dicte, pero, en ningún caso puede afectar a terceros anotantes cuya anotación sea anterior a la fecha de aquélla, como se desprende del art. 198 del Reglamento Hipotecario , que exige determinados requisitos incluso para anotaciones posteriores, y no puede ser de otro modo, pues, si lo fuera se conculcarían todos los principios hipotecarios y lo que es más importante, el art. 24 de la Constitución ".

Por su parte este Tribunal, en su STS de 18 de noviembre de 1993 se dispuso que "la anotación de demanda tiene un doble contenido, el procesal conforme al cual se asegura que la sentencia que en su día recaiga tendrá la misma eficacia que si se hubiere dictado ya el día de la presentación de la demanda, mereciendo por esto la calificación de medida cautelar, y el contenido substantivo a través del cual se consigue la ventaja que proporciona el principio de prioridad registral para el caso también de obtener resolución favorable a la modificación tabular". En concreto se señalaba que, en aquel caso "la anotación de demanda se llevó a cabo el día 27-11-1978, pero a ella llegó el Registrador tras hacer uso en parte del plazo para calificar que comenzó el día 7-10-1978 con el asiento de presentación en el libro diario (art. 24 de la Ley), desde cuya fecha produce los efectos la anotación caso de dictarse sentencia favorable (art. 70 de la Ley Hipotecaria)... Por ello cualquier derecho, como la adquisición por los demandados de los bienes en pública subasta, que fue posterior a la anotación, puede quedar subordinada a la resolución judicial".

OCTAVO.- Procede la desestimación del recurso, con la consiguiente imposición de las costas del mismo a la parte recurrente, por imperativo del artículo 102.3 de la LJCA .

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación tramitado con el núm. 6692/2002 interpuesto por D^a. Regina , y, en consecuencia, confirmamos los Autos dictados por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) en fechas 29 de abril y 18 de julio de 2002, en la Pieza de Medidas Cautelares de su recurso contencioso administrativo número 67/2000 . Y condenamos en las costas de casación a la recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Rafael Fernández Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia pública, de lo certifico.