



Roj: **STS 2971/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2971**

Id Cendoj: **28079130052018100368**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **17/07/2018**

Nº de Recurso: **1808/2017**

Nº de Resolución: **1238/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATS 7979/2017,**
STS 2971/2018,
ATSJ ICAN 8/2016

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.238/2018

Fecha de sentencia: 17/07/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **1808/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde

Procedencia: T. S. J. CANARIAS. SALA C/A. Sección 2ª. Sede de Santa Cruz de Tenerife.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: Ppt

Nota:

R. CASACION núm.: **1808/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1238/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente



D. Rafael Fernandez Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Jose Juan Suay Rincon

D. Cesar Tolosa Tribiño

En Madrid, a 17 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación **1808/2017** interpuesto por la entidad Tropicana Atlántico, S. L., representada por la procuradora doña Matilde Marín Pérez y asistida de la letrada doña María Fernanda Pérez Ramos, promovido contra los autos dictados por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede de Santa Cruz de Tenerife), en fecha 17 de octubre y 20 de diciembre de 2016, dictados en la pieza de medidas cautelares del Recurso Contencioso-administrativo 62/2016 , sobre solicitud de anotación preventiva en fincas registrales de la interposición del recurso.

Han sido partes recurridas la entidad Golf Costa Adeje, S. A., representada por el procurador don Jorge Laguna Alonso y asistida del letrado don Juan Francisco López- Montero Velasco, y la Comunidad Autónoma de Canarias, representada y asistida por la letrada de sus Servicios Jurídicos doña Elena Zárata Altamirano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede de Santa Cruz de Tenerife) se ha seguido el Recurso Contencioso-administrativo 62/2016 , promovido por la entidad Tropicana Atlántico, S. L., en el que han sido partes demandadas la Comunidad Autónoma de Canarias y la entidad Golf Costa Adeje, S. A., contra el Decreto 20/2016, de 21 de marzo, de la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad del Gobierno de Canarias, por el que se aprueba el Plan de Modernización, Mejora e Incremento de la Competitividad (PMM) de la Caleta-Playa Paraíso-Callao Salvaje, T. M. Adeje.

Mediante otrosí del mismo escrito de interposición, la entidad recurrente interesó la anotación preventiva de la interposición o pendencia del procedimiento en las fincas registrales 27581 y 27583 del Registro de la Propiedad de Adeje, en cuanto dichas fincas registrales se corresponden con las parcelas P1 y P2 del Plan General de Adeje, y, en la actualidad, con las piezas 04015 y 04013 ordenadas en el PMM objeto de impugnación, en aras de evitar su transmisión a terceros de buena fe.

SEGUNDO.- Formada pieza separada, por el Letrado de la Administración de Justicia de la Sala de instancia se dictó una diligencia de ordenación en fecha 9 de junio de 2016, dando audiencia a la Administración demandada por plazo de diez días a los efectos previstos en el art. 131 de la LJCA .

Una vez presentadas alegaciones por la letrada de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, por providencia de 22 de junio de 2016 se ordena que por dicha Administración se proceda al emplazamiento de la entidad Golf Costa Adeje, S. A., a fin de que se pueda personar en la pieza y hacer las alegaciones que estime oportunas sobre la medida cautelar solicitada.

TERCERO.- Por diligencia de 13 de septiembre de 2016 se hace constar la personación en los autos principales de la Asociación de Empresarios, Comerciantes y Profesionales de Adeje, y de la entidad Golf Costa Adeje, S. A., y se les da traslado por diez días para formular alegaciones sobre la medida cautelar, las cuales presentan mediante escrito suplicando la desestimación de la medida instada.

Por diligencia de 30 de septiembre de 2016 pasan las actuaciones al Magistrado Ponente para dictar la resolución que corresponda.

CUARTO.- El 17 de octubre de 2016 se dicta auto por la Sala de instancia, desestimando la petición de medidas cautelares formulada por la demandante, el cual es recurrido en reposición por la entidad Tropicana Atlántico, S. L., y, tras presentarse alegaciones por la Comunidad Autónoma de Canarias y por la entidad Golf Costa Adeje, S. A., se dicta un nuevo auto en fecha 20 de diciembre de 2016 acordando desestimar el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 17 de octubre de 2016 .



QUINTO.- La entidad Tropicana Atlántico, S. L. formaliza escrito de preparación del recurso de casación, en los términos previstos en el artículo 89 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, el cual, por auto de 2 de marzo de 2017, dictado por la Sala de instancia, se tiene por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, y la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

SEXTO.- En fecha 11 de abril de 2017 presenta ante este Tribunal Supremo su escrito de personación la entidad Tropicana Atlántico, S. L., como parte recurrente, personándose como partes recurridas la Comunidad Autónoma de Canarias y la entidad Golf Costa Adeje, S. A, mediante escritos presentados el 17 de marzo y el 10 de abril de 2017, respectivamente.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la Sección primera de esta Sala, se dictó auto de fecha 7 de julio 2017 admitiendo el recurso de casación preparado y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre:

"las anotaciones preventivas por interposición de recurso contencioso-administrativo regulada en los arts. 65.1 f) y 67.2 del Texto Refundido, de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana , aprobado mediante Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, su obligatoriedad y su relación con el procedimiento de medidas cautelares del art. 130.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa ".

Por otra parte, el auto señala como norma que deberá ser objeto de interpretación:

"los artículos 65.1 f) y 67.2 del Texto Refundido, de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana , aprobado mediante Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en relación con el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio , por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, y con el artículo 130.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa , sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso".

En el mismo auto se ordena la remisión de las actuaciones a la Sección quinta de esta Sala para su enjuiciamiento, con arreglo a las normas de reparto de asuntos.

OCTAVO.- Por diligencia de 27 de julio de 2017 se da traslado por treinta días a la parte recurrente para formalizar la interposición del recurso de casación, presentando su escrito el 13 de octubre de 2017, en el que solicita que se estime íntegramente el presente recurso, con los siguientes pronunciamientos: que se fije la interpretación de las normas estatales sobre las que se consideró necesario un pronunciamiento, en el sentido expuesto en su escrito de interposición de la casación; de conformidad con lo anterior, que se anulen y dejen sin efecto los autos del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 17 de octubre de 2016 y de 20 de diciembre de 2016 , que confirmó en reposición al anterior; que se estime la solicitud realizada en el otrosí V de su escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo 62/2016; y, que se anulen y dejen sin efecto las condenas de las costas procesales de la instancia, sin imponerlas a ninguna de las partes en la instancia, y se impongan las referidas a este recurso de casación a las partes que se opongan al mismo.

NOVENO.- Por providencia de 25 de octubre de 2017 se tiene por interpuesto el recurso de casación y se acuerda dar traslado del escrito de interposición por treinta días a la entidad Golf Costa Adeje, S. A. y a la Comunidad Autónoma de Canarias, presentando sus escritos de oposición el 12 y 18 de diciembre de 2017, respectivamente.

DÉCIMO.- Por providencia de 21 de marzo de 2018 se señaló para votación y fallo el día 19 de junio de 2018, continuando la deliberación hasta el 2 de julio siguiente, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este Recurso de casación **1808/2017** el Auto de fecha 17 de octubre de 2017 dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede de Santa Cruz de Tenerife), en la pieza de medidas cautelares del Recurso Contencioso-administrativo 62/2016 , mediante el cual fue desestimada la petición de medidas cautelares formulada por la entidad recurrente, con imposición de costas; auto que, desestimando el recurso de reposición deducido contra el anterior, fue confirmado por el posterior de la misma Sala de fecha 20 de diciembre de 2016.

SEGUNDO.- El primero de los autos de la Sala de instancia, por lo que aquí interesa, se expresó en los siguientes términos en relación con la solicitud de anotación preventiva del recurso planteada por la entidad recurrente:



"El presupuesto básico para la adopción de una medida cautelar es que se invoque un interés legítimo que pudiera verse afectado de no privarse de eficacia al acto administrativo o disposición general impugnados. Se trata de adoptar medidas que aseguren la efectividad de la sentencia, para lo cual es necesario argumentar por qué son necesarias.

La demandante alega que se trata de evitar la "transmisión a terceros de buena fe y por ello se dificulte el adecuado cumplimiento de una eventual sentencia estimatoria en este recurso, habida cuenta que la impugnación del instrumento de planeamiento se apoya en la improcedencia de la ordenación que (...) asigna a estas piezas de suelo". Omite decir en su escrito que las parcelas las vendió al actual titular y no aclara qué responsabilidad podría derivarse para ella en el caso de transmisión de las parcelas a terceros.

Amén de que no se analiza en absoluto por qué se considera que la ordenación de éstas parcelas es contraria a derecho, la petición de medidas cautelares evidencia un deliberado ánimo de ocultamiento de los verdaderos intereses perseguidos por el demandante, que nos llevan a rechazar la petición de protección cautelar".

En el segundo de los autos de instancia, al resolver el recurso de reposición planteado la Sala recuerda que "[e]n las medidas cautelares hay que hacer una ponderación de los intereses en conflicto. Al interés general en la ejecución del planeamiento -parcelas con usos limitados urbanización no es rentable para los propietarios y quedan sin desarrollar- se opone en realidad un interés particular, que es según ahora reconoce la demandante cumplir con las condiciones impuestas en la licencia de obras otorgada sobre la parcela ET- 1. Además dice que se defiende el interés público, porque se trata de garantizar la participación de la colectividad en las plusvalías que el cambio de uso de la parcela genera. Es claro por lo que no ha puesto en conocimiento del tribunales intereses reales perseguidos por el demandante".

Por otra parte, la Sala de instancia responde a la alegación de la recurrente de que, cuando se solicita la anotación del recurso, el tribunal deberá acordarla necesariamente, que es la cuestión sobre la que debemos hacer jurisprudencia.

La respuesta de la Sala, en este segundo auto, en relación con el inciso que se contiene en el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio , por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística --que, en síntesis, dispone que la citada anotación preventiva se ordenará "si existiere justificación suficiente"-- , es la remisión, según expresa el auto, "a los requisitos del artículo 130 y siguientes LJCA (STS 20.1.2004 Recurso 7340/2001)".

En relación con la alegación de la recurrente sobre la afectación de sus intereses particulares, derivado de que en 2004 había vendido las parcelas afectadas a la codemandada, estando las mismas vinculadas en una licencia de obras a aparcamiento al servicio de un centro comercial, la Sala, por lo que aquí interesa, responde: "Los perjuicios que alega el demandante, por tanto, no estarían derivados de la ejecución del nuevo planeamiento, sino de haber pedido una licencia sobre terrenos que no eran de su propiedad y sobre los que no podía actuar a título legítimo.

En cuanto al interés público que se pretende defender, la participación de la colectividad en las plusvalías generadas por el cambio de usos de las parcelas, no justifica la anotación preventiva, puesto que esta obligación ya se recuerda en el artículo 20 del plan impugnado, que corresponderá al Ayuntamiento de Adeje, determinar si una actuación concreta tiene carácter de dotación o no, esto es, permita la materialización de un aprovechamiento superior al que tenía en el planeamiento general, a efectos de imponer a los propietarios la cesión de parte del aprovechamiento y las cesiones para dotaciones que correspondan.

En definitiva, el planeamiento que hace la demandante no tiene apariencia de buen derecho, porque se basa de una parte en oponer frente al codemandado una licencia de obras en la que se dispusieron de terrenos que no estaban en disposición del demandante y, de otra, se invoca un interés público que no está en peligro ni necesita protección".

TERCERO.- La representación procesal de la recurrente discrepa de la interpretación realizada, por la Sala de instancia, de los artículos 65.1.f) y 67.2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana , aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLR15), por cuanto no puede exigirse con la misma intensidad la acreditación de los requisitos de buen derecho y "*periculum in mora*", ya que, en el caso de la anotación preventiva del recurso, estos requisitos son apreciables por el simple hecho de la existencia del recurso, como se deduce de los citados preceptos del TRLR15. Insiste en la imperativa expresión "se harán constar" del artículo 67.2, señalando que no se trata de la suspensión de una decisión administrativa que podría tener consecuencias en los promotores, sino de prevenir a los terceros adquirentes de las parcelas de resultado de la posible anulación del PMM que da cobertura a la materialización del aprovechamiento que se



impugna, y a los efectos de depurar futuras responsabilidades de los eventuales perjuicios que la anulación pudiera producir.

Por otra parte, y en relación con el precepto reglamentario (67 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística), la recurrente rechaza la fundamentación de los autos impugnados que condicionan la anotación a la concurrencia del requisito señalado: "si existiere justificación suficiente". Apoya su alegación —según expresa— en que la citada expresión no se refiere a la justificación de la solicitud, sino a la justificación del momento procesal en el que la solicitud de anotación se realiza; esto es, que la justificación es necesaria cuando la solicitud se formula en escrito posterior al de interposición.

Igualmente se cita como infringido el artículo 130.1 de la LRJCA, ya que, aunque se considere una medida cautelar ordinaria, es evidente que no es necesario acreditar un peligro para la futura ejecución del fallo en este tipo de actuaciones en las que evidentemente la transmisión a terceros de buena fe de las parcelas afectadas, por la improcedencia del PMM impugnado, lleva implícito los perjuicios de los adquirentes y hace perder la finalidad al recurso, al haberse consolidado las situaciones ilegales; en consecuencia, no puede exigirse la acreditación del "*periculum in mora*", pese a afirmar que, en todo caso, el mismo ha resultado acreditado.

En síntesis, lo que plantea la recurrente es que la sola solicitud de la anotación preventiva la impone por mandato legal, sin que ello dependa de una valoración circunstanciada de los intereses en conflicto y de que la ejecución del acto pudiera hacer perder la finalidad legítima del recurso, ya que no se interesa la suspensión, dado que los preceptos legales invocados imponen la anotación como obligatoria, por cuanto se está ante una garantía para terceros, ajenos al pleito, de donde deduce la obligatoriedad del mandato legal, y la imposibilidad de exigencia con la misma intensidad de los requisitos de buen derecho y "*periculum in mora*".

Alude también a la derogación del citado artículo 67 del Reglamento de precedente cita, por cuanto los preceptos legales (67.1.f y 67.2) se introducen en el TRLS15 a través de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; ley que, en su Disposición derogatoria única, dejan sin efecto las normas que se opongan a la misma, entre las que incluye el citado artículo 67 del Reglamento, que seguiría exigiendo la justificación referida.

Por todo ello, la doctrina que se pretende de esta Sala es la que afirme que "las solicitudes de anotación preventiva de la pendencia de los recursos contencioso administrativos interpuestos contra instrumentos de planeamiento o ejecución no poseen la naturaleza de solicitudes de medidas cautelares y, por ende, no debe exigirse los mismos requisitos para su estimación, dada la obligatoriedad de dichas anotaciones". Y, en el terreno de lo concreto, y, no obstante lo anterior, que se determine que concurre "*periculum in mora*", por cuanto se encuentra implícito en el objeto de la medida solicitada. En todo caso, que, por el Tribunal Supremo, integrando los hechos, acepte las razones expuestas por la recurrente que generaban la apariencia de buen derecho y que harían perder la finalidad al recurso de no ordenarse la anotación. Se opone a la exigencia de caución pretendida de contrario (3.000.000 de euros), ofreciendo, en todo caso, la de 50.000 euros.

CUARTO.- Frente a ello, las Administración autonómica recurrida solicita la confirmación de los autos impugnados y recuerda que el recurrente no cumplió con la obligación prevista en los artículos 67 y 68 del Reglamento que exigen el ofrecimiento de caución como requisito obligatorio; tras dejar constancia de la forma en que la recurrente vendió las parcelas de referencia a la codemandada, pone de manifiesto que la intención de la recurrente no es la protección de los terceros adquirentes de las mismas, sino la defensa de sus propios intereses evitando cualquier desarrollo en las parcelas transmitidas, en perjuicio del comprador adquirente, al estar interesado en volver a adquirir las mismas para el desarrollo de un proyecto comercial en la propia parcela ET-1.

Por su parte, la codemandada en la instancia, ahora recurrida, se opone al planteamiento revocatorio de la recurrente, poniendo de manifiesto la exigencia de "justificación suficiente", derivada del artículo 67 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1093/1997; por otra parte, destaca la ausencia de interés legítimo de la recurrente, y, menos aún, señala, que no se justifica que el mismo interés sea general o público, tanto respecto del fondo del asunto como de la medida cautelar. Y, todo ello, porque:

a) Ninguna relación, dependencia o vinculación han tenido, ni guardan en la actualidad la parcela ET-1 propiedad del recurrente con las actuales P-1 y P-2 del Plan Parcial Barranco de las Torres y del PGOU de Adeje, propiedad de la recurrida.

b) Es incierto que la licencia concedida por el Ayuntamiento de Adeje a la recurrente para la ejecución de su Proyecto de Centro Comercial (en la parcela ET-1 de su propiedad) contemplase la afectación o vinculación



con las otras parcelas propiedad de la recurrida, más allá de la concentración del uso de aparcamiento en las mismas, pero sin adscripción o al servicio de la ET-1, sino al conjunto del sector.

Por otra parte, la recurrida —con apelaciones al informe pericial aportado con la contestación a la demanda— niega la existencia de apariencia de buen derecho, por cuanto:

- a) El PMM impugnado no modifica el uso originario de equipamiento como uso predominante, característico o principal previsto para las parcelas P1 y P2 del Plan Parcial Barranco de las Torres y del PGOU de Adeje, sino que lo mantiene y amplía, como tampoco altera los procesos de equidistribución.
- b) Tampoco es cierto que la ampliación de usos prevista en el PMM impugnado haya supuesto, en el contexto de la regeneración, mejora y optimización pretendida por el mismo incremento alguno de edificabilidad.
- c) Igualmente no es cierto que la "ampliación" de usos prevista en el PMM impugnado afecte al proceso de equidistribución.
- d) Que es incierto que en el PMM se delimiten posibles actuaciones de dotación, ya que las mismas dependerán de la actuación concreta que se pretenda ejecutar en una parcela específica en cada momento. Y, por todo ello, Termina señalando:
- e) Que ningún perjuicio puede ocasionar el acto que se recurre a la actora, al mantener, en todo caso, el PMM el uso de equipamiento de aparcamiento contemplado en el anterior planeamiento para las parcelas concernidas, limitándose a flexibilizar el régimen de usos para todas las piezas con similares características.

Por todo ello, la recurrida termina señalando que no concurren los requisitos precisos o presupuestos legales de interés legítimo y apariencia de buen derecho en la entidad recurrente, como pone de manifiesto el segundo de los autos impugnados en casación, de 20 de diciembre de 2016.

QUINTO.- Como ha podido observarse, por lo hasta ahora expuesto, nos encontramos ante la resolución de un recurso de casación que ha sido tramitado de conformidad con la Modificación introducida en la LRJCA de 1998 por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (Disposición Final Tercera, Uno), por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial .

Los últimos párrafos de su Preámbulo (Apartado XII) dejan constancia del significado de esta reforma:

"En este ámbito, y con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. De esta forma, el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional. Así, la Sala de casación podrá apreciar que en determinados casos existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión. El recurso deberá ser admitido en determinados supuestos, en los que existe la presunción de que existe interés casacional objetivo".

Pues bien, en el supuesto de autos, la Sección Primera de la Sala, mediante Auto de fecha 7 de julio de 2017 —como ya hemos expuesto— procedió a la admisión del recurso de casación preparado, declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en la formación de jurisprudencia sobre:

"las anotaciones preventivas por interposición de recurso contencioso-administrativo regulada en los arts. 65.1 f) y 67.2 del Texto Refundido, de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana , aprobado mediante Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, su obligatoriedad y su relación con el procedimiento de medidas cautelares del art. 130.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa " .

Por otra parte, el auto señala como norma que deberá ser objeto de interpretación:

"los artículos 65.1 f) y 67.2 del Texto Refundido, de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana , aprobado mediante Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en relación con el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio , por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, y con el artículo 130.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa , sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso".



Sobre estos extremos o cuestiones —respecto de los que se ha declarado el interés casacional— es sobre los que debemos proceder a formar jurisprudencia, interpretando los preceptos expresados, sin embargo de que la presente sentencia se extienda a otros extremos o cuestiones, "si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso", de conformidad con lo establecido en el artículo 90.4 de la LRJCA , en la redacción dada por la reforma expresada.

SEXTO.- De conformidad con lo expuesto, serían tres las cuestiones que requieren nuestra respuesta:

1. Naturaleza de la anotación preventiva del recurso contencioso administrativo.
2. Obligatoriedad, o no, de su adopción. Y,
3. Necesariedad, o no, de la tramitación del procedimiento previsto, para las medidas cautelares, en los artículos 130 y siguientes de la LRJCA :

1. Debemos comenzar afirmando que la inscripción en el Registro de la Propiedad —mediante anotación preventiva— de la "interposición de recurso contencioso- administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de acto administrativo de intervención", prevista en los artículos 65.1 f) y 67.2 del Texto Refundido, de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana , aprobado mediante Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLR15), y desarrollada reglamentariamente en el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio , por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, **tiene la consideración de "Medidas cautelares"** de las reguladas en el Capítulo II del Título VI de la LRJCA (artículo 129 a 136); régimen jurídico que se completa, subsidiariamente (Disposición Final Primera de la misma Ley), con lo previsto en los artículos 721 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Título VI, del Libro III).

En numerosas ocasiones (como más reciente ATS de 1 de marzo de 2018, Recurso Contencioso-administrativo 32/2018) hemos expuesto 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, por:

"a) Un sistema general, previsto en los artículos 129 a 134 de la LRJCA .

b) Dos supuestos especiales procesales, previstos en los artículos 135 (medidas de especial urgencia, provisionálsimas o cautelarísimas) y 136 de la misma Ley (supuestos de inactividad de la Administración o vía de hecho, de los artículos 29 y 30 de la propia Ley). Y,

c) Otras dos especialidades, por razón de la materia, como son las previstas en el artículo 122 bis (en relación con la autorización judicial contemplada en el Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico), así como en el 127 quarter de la misma LRJCA (en relación con el Procedimiento especial para la garantía de la Unidad de Mercado, Ley 20/2013, de 9 de diciembre)".

En la misma resolución citada expusimos que "[c]onstituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes). Las medidas cautelares pueden adoptarse respecto de toda la actuación administrativa, incluyendo, por tanto, los actos administrativos y las disposiciones generales". E, igualmente, expusimos, que "[c]on esta regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "númerus 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".

Pues bien, en dicho marco regulador, la anotación preventiva del recurso contencioso administrativo cuya naturaleza jurídica nos ocupa, no es más que una medida que una medida cautelar de las innominadamente prevista en dicha regulación. Pero el argumento incontestable en apoyo de tal declaración, es el que surge del artículo 727.5ª, que, como una de las denominadas en el precepto "Medidas cautelares específicas", señala, en concreto, "[l]a anotación preventiva de demanda".

2. Partiendo de dicha naturaleza, obvio es que, la decisión sobre la procedencia de la misma, debe de ser adoptada en el marco de las normas establecidas al efecto en los citados artículos 129 y siguientes de la LRJCA , que a continuación sintetizamos, y que se trata de **normas que excluyen la obligatoriedad de su adopción** . Esto es, su procedencia, dependerá, en cada caso, del cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales, que, con reiteración, hemos expuesto, entre otros muchos, en el ATS de 1 de marzo de 2018, RCA 32/2018 , al que venimos haciendo referencia:

"... 2ª. Se fundamenta el sistema cautelar 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 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. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental, e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial —y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia— sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar".

En consecuencia, de dichas normas, reglas y criterios, en modo alguno, se deduce la obligatoriedad en la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva del recurso; en todo caso, la obligatoriedad que se deduciría de dichas normas sería la de la "especial motivación" de la decisión que se adopte, en relación con la medida cautelar solicitada, respecto de la que la LRJCA apuesta decididamente, 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.

Ni la *sui generis* interpretación que la recurrente realiza de la expresión "justificación suficiente", contenida en el artículo 67 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1093/1997, ni su propuesta de deber entenderse la misma norma derogada por la regulación legal contenida en el TRLS15, pueden ser tomadas en consideración en el expresado marco normativo expuesto y previsto con pretensión de generalidad.

3. Realizadas las anteriores afirmaciones —y en ello, incluso, está de acuerdo la recurrente— el **marco procedimental para la decisión** sobre las mismas, las reglas legales de aplicación para tal decisión, y, en fin, los criterios jurisprudenciales de referencia, no son otros que los establecidos en los citados artículos 129 y siguientes de la LRJCA o deducidos de los mismos por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

Esta, pues, es la doctrina que, con carácter general, resulta procedente establecer.

SÉPTIMO.- De conformidad con la anterior doctrina, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación deducido contra los autos dictados por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede de Santa Cruz de Tenerife), en fecha 17 de octubre y 20 de diciembre de 2016, en la pieza de medidas cautelares del Recurso Contencioso-administrativo 62/2016, por los que fue desestimada la petición de la medida cautelar de anotación preventiva en fincas registrales de la interposición del recurso seguido —en el ámbito territorial concernido— contra el Decreto 20/2016, de 21 de marzo, de la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad del Gobierno de Canarias, por el que se aprueba el Plan de Modernización, Mejora e Incremento de la Competitividad (PMM) de la Caleta-Playa Paraíso-Callao Salvaje, T. M. Adeje.

Como conocemos, los autos impugnados, dicho sea en síntesis, se fundamentan en la ausencia de perjuicios para la entidad recurrente; en la ausencia de perjuicios para el interés público (participación de la colectividad en las plusvalías generadas) que la recurrente expresaba defender; y, en fin, en la ausencia de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para la acreditación de la apariencia de buen derecho en la pretensión anulatoria de la recurrente.

Pues bien, las valoraciones realizadas por la Sala de instancia, y las conclusiones alcanzadas por la misma, deben de ser mantenidas —de conformidad con la doctrina expuesta— por no haber sido desvirtuadas mediante las alegaciones que se contienen en el presente recurso de casación.

Como es suficientemente conocido, la razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general —como hemos señalado, entre otras muchas resoluciones, en ATS de 12 de julio de 2002 —, se encuentra en la



necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso o, como dice expresivamente el artículo 129 de la LRJCA "asegurar la efectividad de la sentencia". Por ello el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar, "opera como criterio decisor de la suspensión cautelar" (AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000), y, el artículo 130 de la misma LRJCA especifica como uno de los supuestos en que procede la adopción de ésta es aquél en que "la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso". En definitiva, con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

Como señala la STC 218/1994 <JavaScript:enlaza('RTC%201994\218';,;F.2')>, la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida —en el supuesto de autos la anulación del PMM de la Caleta-Playa Paraíso-Callao Salvaje, en el término municipal de Adeje— quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la "justicia cautelar" tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones Públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad, con respecto a los particulares, ante los tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el artículo 106.1 de la Constitución Española ("Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican"), así como también el 153.c) de la Constitución Española ("El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: [...] c) Por la jurisdicción Contencioso-Administrativa, el de la Administración autónoma y sus normas reglamentarias") y, en último término, respecto de la legislación delegada, el artículo 82.6 de la Constitución Española ("Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control").

Pues bien, continúa el ATS de precedente cita: "la decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LRJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que según nuestra jurisprudencia puede resumirse en los siguiente términos:

a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997 <JavaScript:enlaza('RJ%201997\5049';,;F.3')>: "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación". El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 <JavaScript:enlaza('RTC %201993\148';,;F.3')> "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El *periculum in mora* , conforme al artículo 130.1 LJCA : "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso". Este precepto consagra el llamado *periculum in mora* como primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.



d) La ponderación de intereses: Intereses generales y de tercero. Conforme al artículo 130.2 LJCA , la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: "al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego". Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada, según exige el citado artículo 130.2 LRJCA . Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia "cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto" (ATS 3 de junio de 1997 <JavaScript:enlaza('RJ%201997\5049';,;F.3')>, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

La LRJCA no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris* , cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LECiv/2000 <JavaScript:enlaza('RCL%202000\34';,;F.3')> que sí alude a este criterio en el artículo 728.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta ATS 14 de abril de 1997 <JavaScript:enlaza('RJ%201997\2852';,;F.3')> de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución , cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 <JavaScript:enlaza('RJ%201993\8943';,;F.3')> y 7 de noviembre de 1995 <JavaScript:enlaza('RJ%201995 \8134';,;F.3')> y STS de 14 de enero de 1997 <JavaScript:enlaza('RJ%201997\129';,;F.3')>, entre otros)".

Pues bien, desde tales planteamientos legales y jurisprudenciales debemos confirmar ---como hemos adelantado--- la decisión denegatoria de la medida cautelar denegada en la instancia, que, como hemos señalado, no se nos impone como obligatoria.

Efectivamente, si bien se observa:

a) Los intereses particulares de la entidad recurrente no se nos presentan nítidos por cuanto la hipotética anulación del PMM no tendría una repercusión directa en su ámbito patrimonial, por cuanto las actuales parcelas P-1 y P-2 del PMM ya no son de su propiedad, al haber sido vendidas a la codemandada, y, en concreto, la hipotética nulidad de los nuevos usos que para la misma se afirman, tampoco incidirían en dicho polo de intereses particulares.

b) Por otra parte, la defensa a que se alude de la legalidad urbanística, y la posible repercusión en unos hipotéticos compradores de buena fe de las parcelas resultantes del PMM, tampoco se nos presentan con la incidencia suficiente para dejar sin efecto ---aunque sólo sea en un determinado ámbito territorial--- cautelarmente la norma general que constituye la resolución aprobatoria del PMM, cuando, además, la Sala de instancia detecta, con acierto, que no son estos intereses generales los que se pretende defender, sino los antes aludidos intereses particulares de la recurrente.



c) Sin entrar a conocer del fondo del asunto, y sin prejuzgar sobre ello, lo cierto es que la posible alteración o ampliación de los usos previstos, por el PMM, en relación con las dos parcelas de la recurrida, no se nos presentan como claramente determinantes de una nulidad de pleno derecho del mismo. Por ello, los requisitos exigidos para acceder a la aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris*, no se perciben, cuando, además, en todo caso, no se acierta a relacionar --jurídicamente hablando-- los efectos que sobre la licencia con la que la recurrente pudiera contar en relación con la parcela de su propiedad ET-1, y, por otra parte, dicha supuesta ampliación de usos.

d) En consecuencia, la denegación de la anotación preventiva del recurso, en modo alguno hace perder a este su finalidad.

OCTAVO.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el artículo 93.4 de la LRJCA, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º. Declaramos no haber lugar al Recurso de Casación **1808/2017** interpuesto por la entidad Tropicana Atlántico, S. L., contra los autos dictados por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede de Santa Cruz de Tenerife), en fecha 17 de octubre y 20 de diciembre de 2016, dictados en la pieza de medidas cautelares del Recurso Contencioso-administrativo 62/2016 y seguido contra el Decreto 20/2016, de 21 de marzo, de la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad del Gobierno de Canarias, por el que se aprueba el Plan de Modernización, Mejora e Incremento de la Competitividad (PMM) de la Caleta-Playa Paraíso- Callao Salvaje, T. M. Adeje; autos que denegaron la medida cautelar de anotación preventiva del recurso.

2º. No imponer las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- 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 que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.