

LA PROHIBICIÓN DE DISPONER EN EL PROCESO PENAL

Javier Ángel FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO

Doctor en Derecho
Secretario judicial del Juzgado
de lo Penal núm. 31 de Madrid
javier.fernandez.gallardo@madrid.org

RESUMEN

Pese a la singular importancia que la medida cautelar de prohibición de disponer tiene dentro del proceso penal, y en particular en los delitos económicos y relacionados con la corrupción, no existe una regulación de la misma en dicho ámbito, debiéndose acudir a las escasas normas contenidas en la legislación civil e hipotecaria para determinar sus características, presupuestos, procedimiento de adopción y efectos. Todo ello genera numerosas incertidumbres e inseguridades jurídicas a las que se pretende dar respuesta en el presente trabajo.

Palabras clave: prohibición de disponer, proceso penal, medida cautelar real, anotación preventiva.

ABSTRACT

In spite of the clear importance that a precautionary measure of prohibition of disposal has within criminal procedures, in particular in economic and corruption related crimes, there is no regulation of such figure in that field. We must therefore relate to the scarce laws that mortgage and civil law have in order to establish its main features, its requirements, its coming into force and its consequences. All that brings in a number of legal uncertainties to which we intend to answer in the current piece of work.

Keywords: Prohibition of disposal, criminal procedure, real precautionary measure, preventive note.

ZUSAMMENFASSUNG

Trotz des besonderen Stellenwerts, der dieser vorbeugenden Verbotsmaßnahme im Strafverfahren zukommt - insbesondere bei wirtschaftlichen Straftaten im Zusammenhang mit Korruptionsdelikten -, gibt es im genannten Zusammenhang keine gesetzliche Regulierung dieser Maßnahme. Man kann dabei nur auf die wenigen Vorschriften zurückgreifen, die im Bürgerlichen Gesetzbuch oder im Hypothekengesetz enthalten sind, um die Eigenschaften des Verfügungsverbots, die vorgesehene Betragshöhe, sein Anwendungsverfahren und seine Wirkung zu bestimmen.

Dies alles schafft Unklarheiten und juristische Unsicherheiten, auf die der vorliegende Artikel eine Antwort geben möchte.

Schlüsselwörter: Verfügungsverbot, Strafverfahren, tatsächliche vorbeugende Maßnahme, vorbeugende Vormerkung im Grundbuch.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.—III. CARACTERES.—1. Instrumentalidad.—2. Urgencia.—3. Proporcionalidad.—IV. PRESUPUESTOS.—1. *Fumus boni iuris*.—2. *Periculum in mora*.—V. PROCEDIMIENTO PARA SU ADOPCIÓN.—VI. EFECTOS JURÍDICOS.—1. Actos jurídicos anteriores a la anotación.—A) Normas registrales aplicables.—B) Posición de la doctrina.—C) Criterios de la DGRN.—D) Análisis desde la perspectiva de su naturaleza jurídica.—2. Modificación de actos jurídicos inscritos.—3. Imputado no titular registral.—4. Embargo posterior.—5. Finca ganancial.—VII. CADUCIDAD.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el proceso penal está proliferando el uso de las medidas cautelares reales que tienden a posibilitar que la justicia resarcitoria también devengue efectiva en caso de un eventual pronunciamiento condenatorio¹. Pero tales medidas, a pesar de su carácter nuclear en el conjunto del sistema de dicho proceso, forman parte de los temas carentes de configuración y sistematización. Esta falta total de sistematización y la ausencia de una teoría general hace que su aplicación resulte normalmente superficial y automática². Además de la escasa previsión legislativa de sus pre-

¹ Según E. VELASCO NÚÑEZ, «La anotación preventiva de querrela en el procedimiento penal», *La Ley Penal*, núm. 13, Sección Estudios, febrero de 2005, p. 2, por ello, y sobre todo, «en los llamados delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (*v. gr.*, usurpación, estafa, apropiación indebida, insolvencias punibles, delitos societarios) o en las falsedades documentales, y en menor medida en algunos contra la libertad (coacciones y amenazas), cada vez más en el ámbito penal las personaciones desde el primer momento persiguen e interesan, junto con la práctica de las oportunas diligencias de investigación (testificales, periciales, etc.), la inmediata adopción de las medidas cautelares que se suele considerar asegurarán los pronunciamientos resarcitorios de una eventual condena penal».

² En el ordenamiento jurídico español existen un sinnúmero de medidas cautelares que pertenecen a la institución cautelar y que, como es lógico, no se encuentran sistematizadas en ninguna disposición general, sino que están dispersas en cada uno de los sectores del ordenamiento. Para una visión sistemática de las distintas medidas cautelares existentes en nuestro ordenamiento véanse M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ (dir.), *Medidas cautelares por razón de la materia*, Madrid, CGPJ, 1998, pp. 1-434; E. COLLADO GARCÍA-LAJARA (coord.), *Manual práctico de medidas cautelares (procesos constitucionales, ordinarios y especiales)*, Granada, Comares, 2000, pp. 1-606; E. DE LA ROCHA GARCÍA, *Procesos y medidas cautelares en los procedimientos civiles, penales, mercantiles, laborales, administrativos, económico-admi-*

supuestos formales se aprecian incoherencias que no se justifican ni por razón del fundamento de estas medidas, ni por razón del resto de principios que rigen el proceso penal³.

En el procedimiento penal es preciso adoptar medidas cautelares reales en defensa del perjudicado, que en determinado tipo de hechos delictivos pueden o deben ser distintas de las previstas en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882) (en adelante LECrim.), esto es, de las fianzas y embargos. Así, cuando se trata de reponer el patrimonio a su estado primitivo o simplemente de comunicar a un tercero que un contrato dispositivo de un bien puede ser anulado, determinadas medidas previstas en la legislación hipotecaria son más efectivas. Normalmente, para evitar que la víctima resulte definitiva e irremediadamente perjudicada por el juego del art. 34 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la Ley Hipotecaria (BOE, núm. 58, de 27 de febrero de 1946) (en adelante LH)⁴, bastará con que el juez de instrucción acuerde la prohibición de disponer de la finca objeto del procedimiento o, en el caso de delitos económicos o relacionados con la corrupción, decreta dicha medida sobre los bienes procedentes de la actividad delictiva, medida a través de la cual se comunica a terceros que sobre la finca pende un procedimiento que puede afectar a la titularidad, o bien cierra el Registro a sucesivas transmisiones. Se trata de una medida cautelar que priva, durante el período en que se mantenga en vigor, del poder de disposición respecto de los bienes objeto de la anotación, con la finalidad de asegurar la efectividad de la sentencia o resolución que finalmente recaiga en el procedimiento principal en cuyo ámbito se dicta.

Esta medida constituye una figura prácticamente ausente de regulación legal⁵ a la que un solo precepto, el art. 26.2.^a LH, presta atención. Confor-

nistrativos y contencioso-administrativos, Granada, Comares, 1999, pp. 1-202, y M. ORTELLS RAMOS y M. P. CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, Comares, 1996, pp. 1-187.

³ Según J. M. ASENSIO MELLADO, «La reforma del sistema de medidas cautelares», en *La reforma del proceso penal*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 297-298: «Constituye un rasgo de la regulación del sistema cautelar penal español la dispersión normativa, la falta de unificación de las medidas que se pueden acordar y la ausencia de una regulación respetuosa con el principio de excepcionalidad». Para V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, en V. GIMENO SENDRA, V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Colex, 1996, p. 581, la regulación de esta materia en la LECrim. es «fragmentaria y anticuada».

⁴ El art. 34 LH salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca.

⁵ J. M. RAMOS GONZÁLEZ, «Trascendencia procesal e inmobiliaria de las prohibiciones de disponer», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1.022, 5 de mayo de 1975, p. 1.

me a este artículo las prohibiciones de disponer o enajenar que tengan su origen inmediato en alguna resolución judicial «serán objeto de anotación preventiva»; previsión que enlaza con la norma del art. 42, núm. 4, de la misma Ley al disponer que podrá pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro «el que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles». Aunque el art. 42 LH utiliza términos propios del Derecho procesal civil como «el que demandare en juicio» o «el que demandando en juicio ordinario», lo que puede llevar a la creencia de que las medidas previstas en el mismo están pensadas para el procedimiento civil, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN)⁶ claramente indica que el procedimiento penal no es obstáculo para que se practique la anotación preventiva, pero, a diferencia del procedimiento civil, no es suficiente que la resolución que la decreta se limite a ordenar la anotación de tal medida cautelar, sino que es preciso indicar que de las diligencias practicadas resultan indicios de criminalidad contra las personas titulares de los bienes a los que afecta la misma⁷.

Si bien esta medida puede recaer tanto sobre bienes inmuebles como sobre otra serie de activos patrimoniales, tales como cuentas bancarias, depósitos, valores, títulos, acciones, deuda pública, contenido de cajas de seguridad, etc., el presente estudio lo limitaremos a la primera de las referidas.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

En el desarrollo de la actuación procesal penal se pueden adoptar dos clases de medidas cautelares, las personales y las reales. Las primeras recaen sobre la persona del imputado y deben responder a alguno de los fines constitucionalmente legítimos⁸, que son, entre otros, evitar la obstrucción de la justicia penal, la sustracción al proceso, la reiteración delictiva o la protec-

⁶ RRDGRN de 1 de abril de 1991, 9 de diciembre de 1992 y 12 de febrero de 1998, entre otras.

⁷ A. SANTALO RÍOS, «Medidas cautelares en el ámbito del proceso penal: algunas cuestiones puntuales», *Revista Xurídica Galega*, núm. 31, 2001, pp. 305-310.

⁸ SSTC, Sala 2.ª, 177/1998, de 14 de septiembre (BOE, núm. 251, de 20 de octubre de 1998; MP: Tomás S. Vives Antón); Sala 2.ª, 33/1999, de 8 de marzo (BOE, núm. 89, de 14 de abril de 1999; MP: Carles Viver i Pi-Sunyer), y Sala 1.ª, 14/2000, de 17 de enero (BOE, núm. 42, de 18 de febrero de 2000; MP: Pablo Cachón Villar).

ción a la víctima frente a una situación objetiva de riesgo. Por tanto, se justifican esencialmente por la necesidad de asegurar el proceso. En cuanto a las medidas cautelares reales, entre las que se encuentra la prohibición de disponer, recaen sobre los bienes o el patrimonio y pretenden asegurar las responsabilidades pecuniarias que puedan declararse en un proceso penal. Tales responsabilidades pecuniarias pueden ser de dos tipos:

- a) Medidas cautelares reales propias del proceso penal, que tienen por objeto garantizar la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia que se dicte y que posean un contenido patrimonial, esto es, el relativo a las penas de multa y de comiso⁹, así como al pago de las costas procesales.
- b) Medidas cautelares reales propias del proceso civil acumulado, que son las que tienden a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia que se dicte y que comprende la restitución de cosas determinadas, la reparación del daño y la indemnización de daños y perjuicios¹⁰.

Estas medidas forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva y responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias a Derecho¹¹.

La ausencia de un concepto legal de medida cautelar, unido a su insuficiente y disperso tratamiento legislativo, hace necesario acudir a las elaboraciones doctrinales que son las que han ido sentando las bases teóricas para la construcción de un sistema de medidas cautelares¹². Esta elaboración dogmática se ha realizado fundamentalmente a través de un método inductivo cuyo punto de partida suele ser el de su fundamen-

⁹ La STS, Sala 2.ª, de 20 de enero de 1997 (ROJ: STS 219/1997; MP: Luis Román Puerta Luis), señala que el comiso de los instrumentos y de los efectos del delito (art. 48 CP de 1973) constituye una «pena accesoria», y en el nuevo Código Penal es configurada como una «consecuencia accesoria» de la pena (art. 127 CP de 1995).

¹⁰ AAP Barcelona, Sec. 2.ª, de 24 de mayo de 2007 (ROJ: AAP B 6130/2007; MP: Víctor Gómez Martín).

¹¹ AAP Tarragona, Sec. 2.ª, de 21 de abril de 2008 (ROJ: AAP T 371/2008; MP: María Sara Uceda Sales).

¹² M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1992, p. 29. En idéntico sentido C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991, p. 30.

to y características. Cuestión en la que curiosamente sí existe práctica unanimidad doctrinal¹³.

Las medidas cautelares aparecen, por tanto, como la justa respuesta del legislador para conseguir la efectividad de una futura resolución; efectividad que se puede poner en peligro por el desarrollo en el tiempo de un proceso¹⁴. Así pues, parece obvio considerar que el respeto a las normas procedimentales por parte de quien quiere hacer valer su derecho no puede perjudicarlo, de ahí la necesidad de articular una serie de medidas dirigidas a tutelar sus derechos de una manera cautelar ante la eventual imposibilidad de que en el futuro, aun habiéndose reconocido su derecho, el mismo pudiese no hacerse efectivo. En este sentido, Ortells Ramos considera que la razón de ser de la existencia de las medidas cautelares es doble. De un lado, el hecho de que una resolución con eficacia no puede obtenerse sin más inmediatamente después de ser pedida, puesto que la realización de todo proceso exige tiempo, y entre el momento en que debió producirse la satisfacción y el momento en que efectivamente se produce mediante la sentencia y, en su caso, mediante la ejecución forzosa, implica, ya de por sí, que el proceso no cumple, con perfección ideal, su función de realización del Derecho. Y, de otro lado, evitar que en este tiempo de demora se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la sentencia a dictar. De este modo el perjudicado no tendría, ni siquiera, una satisfacción tardía, lo que sin duda es más grave. Por ello, la tutela cautelar es el instrumento jurídico-procesal que tiene por función evitar tal circunstancia¹⁵.

Hay unanimidad doctrinal a la hora de afirmar que existe una tutela cautelar con un sólido fundamento constitucional que, junto con la declarativa y la ejecutiva, integran la función jurisdiccional consistente en juzgar y hacer juzgar lo ejecutado¹⁶. Como claramente afirma la STC 14/1992, «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso»¹⁷; orientación que ha sido asumida por los tribunales

¹³ M. SERRA DOMÍNGUEZ y F. RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Industrias Gráficas M. Pareja, 1974, p. 14.

¹⁴ M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, op. cit., pp. 30 y 31.

¹⁵ M. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000, pp. 35 y ss.

¹⁶ Entre otros, A. LORCA NAVARRETE, «Título IV. De las medidas cautelares», en A. M. LORCA NAVARRETE (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Valladolid, Lex Nova, 2000, pp. 3811 y ss.

¹⁷ STC, Pleno, 14/1992, de 10 de febrero (BOE, núm. 54, de 3 de marzo de 1992; MP: Jesús Leguina Villa).

de justicia ordinarios¹⁸. Y en idéntico sentido se ha pronunciado tanto el TEDH¹⁹ como el TJCE²⁰.

Teniendo en cuenta esta función de las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico y adentrándonos en el concepto de medida cautelar, entre la doctrina española Díez-Picazo las define como «el remedio arbitrado por el Derecho para conjugar los riesgos que la duración del proceso puede suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo»²¹. Y, de manera más detallada, Gimeno Sendra se refiere a ellas como «medios o instrumentos legales de prevención de las contingencias que provocan las dilaciones del proceso solicitadas para asegurar la efectividad de la pretensión deducida para prevenir el evento de que, siendo estimada en la resolución judicial que pone fin al proceso, hayan desaparecido los bienes del deudor sobre los que haya de realizarse

¹⁸ ATS, Sala 3.ª, de 18 de julio de 2006 (ROJ: ATS 10282/2006; MP: José Manuel Banderés Sánchez-Cruzat): «Esta resolución proclama lo que llama derecho a la tutela cautelar, inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal». En un sentido similar el AAP Madrid, Sec. 10.ª, de 21 de abril de 2004 (ROJ: AAP M 3198/2004; MP: Ángel Vicente Illescas Ruz): «Tradicionalmente se ha visto en las medidas cautelares el instrumento idóneo para conjurar el riesgo de que el transcurso del tiempo necesario para la sustanciación del proceso de declaración termine por impedir la satisfacción del interés del demandante tras una eventual sentencia favorable, o bien porque el demandado aproveche ese período para dificultar o hacer imposible la actuación del derecho que pueda reconocerse a favor de aquél, o bien porque durante su transcurso puedan sobrevenir circunstancias naturales o jurídicas de origen e índole casual», y el AAP Las Palmas, Sec. 5.ª, de 25 de julio de 2005 (ROJ: AAP GC 1112/2005; MP: Ángel Guzmán Montesdeoca Acosta): «En definitiva, hoy no se cuestiona la procedencia de medidas cautelares tanto para asegurar la ejecución de la resolución definitiva que puede recaer en un proceso, como su efectividad, siempre, claro está, que se den los presupuestos y se cumplan los requisitos exigidos para cada tipo de medida cautelar».

¹⁹ STEDH núm. 14038/88, de 7 de julio de 1989, Serie A, núm. 161 (caso *Soering contra Reino Unido*). Véase comentario de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes nacionales en consideración al Derecho comunitario europeo», en *La batalla por las medidas cautelares*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 2004, pp. 57 y ss.

²⁰ STJCE de 19 de junio de 1990, asunto C-213/89, *The Queen contra Secretary of State for Transport*. En relación con esta sentencia véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Sentencia *Factorframe* (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho comunitario y en el sistema español de medidas cautelares», en *La batalla por las medidas cautelares...*, op. cit., pp. 101 y ss.

²¹ A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3.ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 385.

el derecho del acreedor»²². Esta idea ha sido también acogida por la jurisprudencia del TS, que se refiere a la medida cautelar como «aquella medida precautoria establecida para garantizar la efectividad de la resolución judicial que en su día pueda recaer en el proceso principal»²³.

Tal concepto es predicable respecto a la prohibición de disponer ordenada judicialmente, pues constituye una medida cautelar que priva, durante el tiempo en que se mantenga en vigor, del poder de disposición al titular de los bienes objeto de la misma, garantizando que no será ilusorio el derecho reconocido en la resolución que se adopte en el procedimiento principal en cuyo ámbito se dicta. De este modo, las anotaciones preventivas de prohibición de disponer, siempre a modo de regla general, representan una garantía adicional a la acción de rescisión que el perjudicado puede ejercitar contra el imputado por la realización de actos dispositivos sobre cosas litigiosas sin el conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente, y más en concreto, por las enajenaciones a título oneroso realizadas por el imputado contra el que se hubiese pronunciado sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes. En consecuencia, las prohibiciones de disponer anotadas en el Registro tutelan los intereses del perjudicado con eficacia superior a la propia acción de rescisión, ya que se desenvuelven en el ámbito de la protección preventiva al cerrar el Registro a los eventuales actos rescindibles, en tanto que la acción rescisoria actúa *ex post* y con una finalidad meramente reparadora o de restitución, finalidad que sólo se podrá alcanzar en caso de que se cumplan los requisitos del art. 37, núm. 4, LH²⁴.

²² V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, *Los procesos especiales*, 2.ª ed., Madrid, Colex, 2007, p. 35.

²³ STS, Sala 3.ª, Sec. 4.ª, de 16 de septiembre de 2009 (ROJ: STS 5639/2009; MP: Segundo Menéndez Pérez). Y en idéntico sentido, entre otros, los AATS, Sala 3.ª, Sec. 4.ª, de 13 de junio de 1997 (ROJ: ATS 2443/1997; MP: Rafael Fernández Montalvo), y Sec. 1.ª, de 9 de octubre de 2000 (ROJ: ATS 3049/2000; MP: Fernando Ledesma Bartret). De igual manera, el AAP Barcelona de 22 de noviembre de 2012 (ROJ: AAP B 8550/2012; MP: María dels Àngels Gomis Masque) las define como «el remedio que arbitra el Derecho para obviar de alguna manera los riesgos de la duración temporal del proceso en orden a su eficacia», y, en un sentido similar, el AAP Gerona, Sec. 2.ª, de 21 de marzo de 2006 (ROJ: AAP GI 34/2006; MP: Joaquín Miguel Fernández Font), afirma que «son aquellas que tienen por objeto asegurar el eventual resultado final de un proceso, garantizando la posibilidad de que se cumpla la resolución que le pone fin, cuando existe un riesgo derivado de su misma duración de que, caso de no adoptarse, se frustre en la práctica lo que se decida judicialmente en su día». Asimismo cabe citar el AAP Madrid, Sec. 18.ª, de 12 de julio de 2005 (ROJ: AAP M 6479/2005; MP: Pedro Pozuelo Pérez), y el AAP Baleares, Sec. 5.ª, de 6 de mayo de 2010 (ROJ: AAP IB 368/2010; MP: Santiago Olíver Barceló).

²⁴ Esto es, cuando hubiese adquirido por título gratuito o cuando, habiendo adquirido por título oneroso, hubiese sido cómplice en el fraude. En ambos casos no perjudi-

No obstante todo lo expuesto a modo de principio o regla general, el principio de libertad de tráfico, con amparo en el art. 348 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889) (en adelante CC), y, por tanto, vigente en nuestro sistema jurídico, exige que las restricciones legítimamente impuestas a la propiedad, y, en consecuencia, a su facultad dispositiva, sean interpretadas de forma restrictiva sin menoscabo de los intereses que las justifican. A ello debe añadirse que la enumeración de las medidas cautelares contenida en el art. 727 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2000) (en adelante LEC), no es exhaustiva de las posibles, pues éstas constituyen un supuesto de *numerus apertus*, de modo que, junto con las medidas específicas enumeradas en los diez apartados de dicho precepto, pueden admitirse otras, innominadas, sujetas en su admisibilidad al cumplimiento de los requisitos del art. 726 LEC. Así caben medidas cautelares más restrictivas que la prohibición de disponer, como ocurre con la prohibición de inscribir, que impide el acceso a Registro de cualquier acto que se presente con posterioridad, independientemente del momento en que dicho acto, antes o después de decretada la medida, haya sido otorgado, y también pueden decretarse medidas menos limitativas que la prohibición de disponer, como la prohibición de realizar sólo determinados actos dispositivos, circunstancia que se produce con la prohibición de enajenación. De esta forma, si lo que ha sido objeto de anotación preventiva es una prohibición de enajenación y no prohibición de disponer con carácter general, debe interpretarse que sólo queda vedado el acceso a Registro a los actos traslativos del dominio de las fincas afectadas por las mismas, pero no a aquellos actos que, aun siendo dispositivos, no impliquen enajenación, como la constitución de derechos reales a favor de terceros, como, por ejemplo, una hipoteca en garantía de un préstamo. Ciertamente es que a través del impago del préstamo por parte del propietario de las fincas afectadas por la prohibición de enajenación podría forzarse la ejecución de la hipoteca y la consiguiente venta forzosa de los bienes, defraudando por esta vía la finalidad perseguida en el proceso y publicada legítimamente en el Registro, por cuanto que la constitución de hipoteca es un acto de disposición de riguroso dominio y puede suponer una enajenación en potencia.

cará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro del plazo de cuatro años, contados desde el día de la enajenación fraudulenta. En este sentido RDGRN de 8 de julio de 2010.

No obstante, esta eventualidad podría quedar salvada suficientemente a través de un pacto expreso contenido entre acreedor y deudor de imposibilidad de proceder a la ejecución de la garantía en tanto no se resuelva la prohibición establecida, pacto que debe ser interpretado a modo de *conditio iuris* de su eficacia²⁵.

III. CARACTERES

La prohibición de disponer no presenta diferencias, en cuanto a sus caracteres, respecto a las demás medidas cautelares reales propias del proceso civil acumulado al penal, y, por tanto, su objeto es asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia que se dicte, evitando que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión. Por tanto, como todas las medidas cautelares, se caracteriza por su instrumentalidad, urgencia y proporcionalidad²⁶.

1. Instrumentalidad

La instrumentalidad es la característica configuradora de las medidas cautelares, en tanto que cualquier medida de esta naturaleza aparece necesariamente vinculada a una resolución final cuya efectividad es necesario asegurar, existiendo en este aspecto unanimidad doctrinal²⁷ y jurispruden-

²⁵ Esta misma fórmula o solución fue admitida ya por la RDGRN de 18 de enero de 1963, en relación a prohibiciones testamentarias, como modo de salvaguardar los distintos intereses en juego.

²⁶ En términos del AAP Pontevedra, Sec. 5.ª, de 17 de noviembre de 2010 (ROJ: APP PO 1330/2010; MP: María Soledad Guerra Vales): «Son principios que han de regir la decisión de la adopción de las medidas los de temporalidad, proporcionalidad, utilidad y necesidad, pues el objetivo que con ellas se pretende no es otro que el aseguramiento de la ejecución futura de la sentencia, evitando la realización de actos sobrevenidos que pudieran hacer ilusoria la ejecución de la misma». En similar sentido el AAP Jaén, Sec. 2.ª, de 23 de junio de 2005 (ROJ: AAP J 314/2006; MP: Rafael Morales Ortega). Asimismo véase F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1992, p. 60.

²⁷ M.ª P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, *op. cit.*, p. 33. En idéntico sentido véanse V. CORTÉS DOMÍNGUEZ y V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal...*, *op. cit.*, p. 416; A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil...*, *op. cit.*, p. 386; V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil...*, *op. cit.*, p. 39, y J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARO-

cial²⁸. El TS recalca su carácter instrumental y provisorio²⁹, afirmando, en este sentido, que una de las características generales de las medidas cautelares la constituye la instrumentalidad, «de suerte que aparecen configuradas en función de un proceso pendiente al que se subordinan, encontrando su razón de ser en su dependencia respecto del objeto litigioso que en él se ventila y de la pretensión ejercitada»³⁰.

Una medida cautelar sólo es posible si un proceso está pendiente o va a iniciarse en un plazo muy breve, y ello por un motivo fundamental, su única finalidad es asegurar la ejecución del mismo, ya que una medida cau-

NA VILAR, *Derecho Jurisdiccional*, vol. II, *Proceso Civil*, 18.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 692.

²⁸ AAP Sevilla, Sec. 1.^a, de 6 de noviembre de 2012 (ROJ: AAP SE 2741/2012; MP: María Dolores Sánchez García); AAP Bilbao, Sec. 6.^a, de 14 de marzo de 2012 (ROJ: AAP BI 574/2012; MP: Miren Nekane San Miguel Bergareche), y AAP Salamanca, Sec. 1.^a, de 3 de marzo de 2010 (ROJ: AAP SA 49/2010; MP: Jesús Pérez Serna), entre otras muchas.

²⁹ STS, Sala 1.^a, de 2 de noviembre de 1999 (ROJ: STS 6855/1999; MP: Jesús Eugenio Corbal Fernández): «Por ser lo cautelar instrumental y provisorio, y por ende conceptualmente opuesto a lo definitivo, no cabe recurso de casación contra las resoluciones que se dicten en tal materia».

³⁰ ATS, Sala 4.^a, Sec. 1.^a, de 30 de julio de 1991 (ROJ: ATS 319/1991; MP: Jaime Barrio Iglesias). En idéntico sentido el ATS, Sala 4.^a, Sec. 1.^a, de 13 de junio de 1990 (ROJ: ATS 1770/1990; MP: Jaime Barrio Iglesias), y STSJ Cataluña, Sala 3.^a, Sec. 4.^a, de 15 de abril de 2010 (ROJ: ATSJ CAT 317/2010; MP: Joaquín Borrel Mestre). Esta misma orientación es seguida por SAP Barcelona, Sec. 15.^a, de 15 de septiembre de 2004 (ROJ: SAP B 10807/2004; MP: María Elena Boet Serra): «La instrumentalidad en la medida cautelar, analizada la institución en la generalidad de los casos, significa, como ha puesto de relieve la moderna doctrina procesalista, que la tutela cautelar no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal por la función de asegurar su efectividad práctica. Según la doctrina de los autores, si tal sentencia puede considerarse como el instrumento mediante el cual se actúa el Derecho en el caso concreto, la tutela cautelar es, a su vez, el instrumento para que lo anterior pueda producirse sin riesgo de ineffectividad a causa de la necesaria demora de la sentencia»; AAP Gerona, Sec. 2.^a, de 13 de febrero de 2001 (ROJ: AAP GI 106/2001; MP: José Isidro Rey Huidobro): «Las medidas cautelares tienen carácter instrumental respecto del proceso declarativo en que se solicitan, así como de la sentencia que en el mismo se dicte, en tanto la relación que existe entre la medida cautelar y la sentencia que recaiga en el proceso principal tiende al aseguramiento de la ejecución de ésta», y AAP Ibiza, Sec. 3.^a, de 18 de noviembre de 2003 (ROJ: AAP IB 320/2003; MP: Catalina María Moragues Vidal): «En efecto, no puede olvidarse que toda medida cautelar tiene un carácter instrumental, pues no se concibe ni puede existir sin un procedimiento principal, cuya efectividad viene asegurada precisamente con la adopción de la medida cautelar». Respecto de este carácter instrumental, los AAAP Madrid, Sec. 10.^a, de 9 de octubre de 2012 (ROJ: AAP M 16647/2012; MP: Ángel Vicente Illescas Ruz), y de 30 de noviembre de 2011 (ROJ: AAP M 15370/2011; MP: Ángel Vicente Illescas Ruz), afirman: «Las medidas cautelares existen y se justifican sólo en función del proceso de declaración —que ya está pendiente o lo estará necesariamente en breve—, al que se subordinan y del que indeclinablemente dependen».

telar no prescinde de un proceso o procedimiento de declaración, sino que existe en función de él³¹. La razón de ser de una medida cautelar consiste en ser temporal, instrumental, subordinada, accesoria o dependiente de un proceso, con la única finalidad de impedir que la conducta posterior de una parte haga difícil o imposible la ejecución de un eventual pronunciamiento estimatorio³².

Advierte Calderón Cuadrado a este respecto que no se deben confundir las medidas cautelares con las medidas aseguradoras, es decir, «aquellas instituciones contempladas en el conjunto del ordenamiento cuya función consiste en garantizar a modo de prevención cualquier derecho o situación jurídica en él establecida como digna de protección»³³. Tales medidas, aun participando de algunos de los caracteres de las medidas cautelares, no pertenecen a la citada institución, pues les falta la nota de instrumentalidad, en tanto que definitoria de la institución cautelar.

En definitiva, el carácter instrumental de las medidas cautelares se traduce en una serie de consecuencias, como destaca la doctrina procesal española³⁴, que son las siguientes: subordinación, provisionalidad, temporalidad y homogeneidad.

En primer lugar, y con carácter general, la medida cautelar está subordinada a un proceso o procedimiento pendiente, por ello sólo podrá acordarse en tanto que éste se haya iniciado. Si bien es cierto que en los órdenes jurisdiccionales distintos del penal, excepcionalmente, será posible adoptar una medida cautelar con carácter previo al inicio del proceso principal, aunque, en este caso, su subsistencia dependerá de la vinculación posterior al mismo. En estos casos de tutela cautelar *ante causam*, además de los presupuestos propios de toda medida cautelar, deberán acreditarse

³¹ M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, «Art. 726. Características de las medidas cautelares», en M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, J. M. RIFÁ SOLER y J. F. VALLS GOMBAU (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Barcelona, Iurgium-Atelier, 2000, p. 3269.

³² SAP Granada, Sec. 1.ª, de 22 de septiembre de 2004 (ROJ: SAP GR 1953/2004; MP: Domingo Bravo Gutiérrez), y SAP Palma de Mallorca, Sec. 5.ª, de 31 de mayo de 2004 (ROJ: AAP IB 205/2004; MP: Santiago Oliver Barceló). Véase J. DOMINGO MONFORTE, «Impacto en el ámbito registral del proceso penal», *La Ley Penal*, núm. 9, Sección Estudios, octubre de 2004, p. 6.

³³ M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, *op. cit.*, pp. 83 y ss.

³⁴ *Ibid.*, pp. 35 y 36, quien considera necesario «acotar la idea de instrumentalidad y centrarla en sus justos límites», realizando para ello un detallado estudio del tema (pp. 36 y ss.). También M. ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2004, pp. 917 y ss.

especialmente las razones de urgencia y necesidad que justifiquen la adopción de la medida cautelar antes del inicio del proceso o procedimiento correspondiente³⁵. Precisamente por ello, en estos supuestos se supedita la eficacia de la medida cautelar a la presentación de una demanda posterior o al inicio de un procedimiento³⁶ en un plazo temporal que debe estar legalmente establecido.

En segundo lugar, toda medida cautelar es provisional y se mantiene, como ha señalado nuestra jurisprudencia³⁷, mientras cumpla su función de aseguramiento. Por ello, deberá extinguirse una vez finalice el proceso o el procedimiento principal, aunque, en ocasiones, es posible que los efectos de una medida cautelar puedan continuar con la finalidad de garantizar la correcta ejecución de la resolución que hubiese recaído³⁸.

No hay que olvidar, como señala Chinchilla Marín, que habrá ocasiones en las que, a pesar del carácter provisional de toda medida cautelar, sus efectos pueden ser definitivos, al haber dado lugar a situaciones irreversibles. Cuestión que puede convertir el carácter provisional de la medida cautelar en algo relativo³⁹. Precisamente por ello, el principio de proporcionalidad asume una especial relevancia en el campo de la tutela cautelar, ya que, en función del mismo, se verificará por el órgano competente la verdadera necesidad de adoptar la medida y de sacrificar, en su caso, determinados intereses en función de otros también dignos de protección jurídica.

Igualmente, la posibilidad de modificación es inherente al carácter provisional que le es propio⁴⁰. En este sentido, nuestros tribunales han aplicado el principio *rebus sic stantibus* a las medidas cautelares, indicando con ello que las medidas cautelares, como ha señalado además el TC, «son

³⁵ M. SERRA DOMÍNGUEZ y F. RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares...*, *op. cit.*, p. 45, explican que, en estos supuestos, la pendencia de un proceso constituye, más que un presupuesto, una condición de eficacia de la medida cautelar concreta.

³⁶ Art. 730 LEC.

³⁷ Entre otras, STS, Sala 2.ª, de 20 de mayo de 2009 (ROJ: STS 4694/2009; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar).

³⁸ Entre otros, AAP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 5.ª, de 15 de septiembre de 2006 (ROJ: AAP TF 1693/2006; MP: Juan Carlos Toro Alcaide), y AAP Las Palmas de 25 de julio de 2005 (ROJ: AAP GC 1112/2005; MP: Ángel Guzmán Montesdeoca Acosta).

³⁹ C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar...*, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁰ P. SALA SÁNCHEZ, J. A. XIOL RIUS y R. FERNÁNDEZ MONTALVO, «Medidas cautelares», en *Práctica procesal contencioso-administrativa*, t. IX, Barcelona, Bosch, 1999, p. 597. También J. MARTÍN QUERALT, «¿Renace el *solve et repete*?», *Tribuna Fiscal*, núm. 174, 2005, p. 8.

esencialmente reformables si las circunstancias cambiaren»⁴¹, con independencia de que tal posibilidad esté o no prevista en la Ley⁴².

En tercer lugar, las medidas cautelares son temporales⁴³. Para Serra Domínguez y Ramos Méndez, «la medida cautelar, pese a producir sus efectos desde el momento en que es concedida, tiene una duración temporal supeditada en la pendencia del proceso principal. Nace ya con una duración limitada»⁴⁴. Algunos autores mantienen la temporalidad como una característica específica de las medidas cautelares⁴⁵, mientras que otros mantienen que se trata de una consecuencia derivada de su carácter instrumental⁴⁶. En cualquier caso, como señala Calderón Cuadrado, «no se sabe con exactitud cuándo desaparecerá, pero el régimen objetivo de la institución exige que su permanencia no sea indefinida en el tiempo»⁴⁷.

Finalmente, y en cuarto lugar, del carácter instrumental de toda medida cautelar resulta que las mismas serán similares, homogéneas respec-

⁴¹ STC, Sala 1.ª, 105/1994, de 11 de abril (BOE, núm. 117, de 17 de mayo de 1994; MP: Rafael de Mendizábal Allende), y SSTSJ Cataluña, Sala 2.ª, Sec. 1.ª, de 31 de mayo de 2006 (ROJ: STSJ CAT 6490/2006; MP: Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda), y de 26 de octubre de 2006 (ROJ: STSJ CAT 10649/2006; M. P. Ramon Gomis Masque).

⁴² J. L. TERRERO CHACÓN, «Capítulo II. Medidas cautelares», en E. ARNALDO ALCUBILLA y R. FERNÁNDEZ VILLAVEVERDE, *Jurisdicción contencioso-administrativa (comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, Madrid, Publicaciones Avella, 1998, p. 1333.

⁴³ AAP La Rioja, Sec. 1.ª, de 5 de junio de 2009 (ROJ: AAP LO 71/2009, MP: Luis Miguel Rodríguez Fernández); AAP Madrid, Sec. 28.ª, de 31 de enero de 2008 (ROJ: AAP M 8960/2008; MP: Alberto Arribas Fernández), y AAAP Sevilla, Sec. 5.ª, de 16 de abril de 2009 (ROJ: AAP SE 1416/2009; MP: José Herrera Tagua), y de 16 de septiembre de 2008 (ROJ: AAP SE 2796/2008; MP: José Herrera Tagua), conforme a las cuales: «Son características de las medidas: su provisionalidad, porque se mantendrán mientras cumplan su función de aseguramiento. Su instrumentalidad, porque están preordenadas a un resolución definitiva (sí, como afirma la doctrina, el proceso es un instrumento para la aplicación del derecho sustantivo, la medida cautelar tiende a asegurar aquélla preventivamente y necesita del proceso declarativo y de ejecución para poder existir). Su temporalidad, por su propia naturaleza instrumental, porque se extinguirán o alzarán en cuanto desaparezcan los motivos que sirvieron de presupuesto para su adopción. Por último, su variabilidad, ya que se modificarán en cuanto se alteren los presupuestos que se tuvieron en cuenta para su adopción».

⁴⁴ M. SERRA DOMÍNGUEZ y F. RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 17.

⁴⁵ En este sentido V. CORTÉS DOMÍNGUEZ y V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., p. 417; J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional...*, op. cit., p. 692, y M. SERRA DOMÍNGUEZ y F. RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 17.

⁴⁶ Así, M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, op. cit., p. 36.

⁴⁷ *Ibid.*

to de las medidas ejecutivas a las que están íntimamente preordenadas⁴⁸, pero no idénticas⁴⁹. Ha de existir una correlación necesaria entre la medida solicitada y lo que se pretende en el proceso principal⁵⁰. A nuestro juicio, la homogeneidad de las medidas cautelares está íntimamente unida a una característica de las mismas que es la proporcionalidad y que analizaremos posteriormente.

2. Urgencia

Tan importante como el carácter instrumental de la prohibición de disponer es la nota de la urgencia en su adopción, que se configura también como esencial de la misma⁵¹. No podemos olvidar que la esencia de la institución cautelar es la de evitar el peligro que supone, en determinadas ocasiones, el desarrollo en el tiempo de un proceso, al existir una serie de circunstancias concurrentes que precisan una actuación rápida o inmediata.

La urgencia en la adopción de las medidas cautelares se revela no sólo como una característica de la misma, sino que impone consecuencias importantes por lo que respecta a su adopción, puesto que quizás no sea necesaria la adopción de una medida cautelar que imponga una restricción de derechos si, a pesar de existir un peligro por la espera procesal, el mismo no es inminente, sino que es futuro y, por ello, no es necesaria la adopción de la medida. Esta característica es especialmente relevante

⁴⁸ M. SERRA DOMÍNGUEZ y F. RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 18.

⁴⁹ AAP La Rioja de 5 de junio de 2009 (ROJ: AAP LO 71/2009; MP: Luis Miguel Rodríguez Fernández): «Las medidas cautelares deben ser homogéneas o funcionales, es decir, y como señala el art. 726.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exclusivamente conducentes a hacer posible la tutela judicial pretendida en el proceso principal, lo que significa que sea la adecuada al aseguramiento de la efectividad de la pretensión principal formulada y que ha de identificarse con el contenido de la pretensión principal a asegurar». En similar sentido AAP Valencia, Sec. 11.ª, de 22 de julio de 2004 (ROJ: AAP V 177/2004; MP: Susana Catalán Muedra).

⁵⁰ V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal Civil...*, op. cit., p. 39.

⁵¹ En este mismo sentido C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar...*, op. cit., p. 36, y A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Granada, Comares, 2007, p. 12. La STS, Sala 4.ª, Sec. 4.ª, de 14 de noviembre de 2007 (ROJ: STS 7850/2007; MP: Celsa Pico Lorenzo), dispone: «Incumbe a la administración que adopte o ejecute la medida ponderar adecuadamente la existencia o no de riesgos inminentes y extraordinarios para la salud sin que el invocado principio de precaución despliegue aquí causa exoneradora de responsabilidad alguna, ya que la esencia de la norma radica en la inminencia y extraordinariedad del riesgo para la salud. En consecuencia, no se acepta la pretensión interpretativa exoneradora de la responsabilidad general».

cuando la medida se adopta *inaudita parte*, como destaca el ATS de 3 de febrero de 2011⁵², por el que se denegó la adopción de medida cautelar sin audiencia de parte por no concurrir el requisito de la especial urgencia. Ahora bien, esta urgencia es predicable prácticamente siempre en el caso de la instrucción penal por la propia urgencia en la protección de los bienes o intereses jurídicos en juego⁵³, teniendo como finalidad, en la mayor parte de las veces, conjurar riesgos procesales que van más allá del aseguramiento de las posibles responsabilidades civiles.

3. Proporcionalidad

La medida cautelar de prohibición de disponer atiende a los principios de proporcionalidad y necesidad que debe presidir esta institución, y garantiza la efectividad de la sentencia que en el futuro pueda dictarse⁵⁴. Como señala, entre otros, Gimeno Sendra, las mismas «han de ser las exclusivamente conducentes al aseguramiento pretendido, lo que exige que sean homogéneas con la pretensión principal deducida y proporcionales al resultado»⁵⁵. La doctrina, en este sentido, para referirse a la proporcionalidad de las medidas cautelares, alude a la necesaria relación de medio a fin de las mismas⁵⁶, la funcionalidad⁵⁷ o la homogeneidad⁵⁸.

Resulta evidente que una medida cautelar ha de ser proporcionada al posible contenido de la resolución que está pendiente, y que su finalidad no es ni más ni menos que evitar su imposible cumplimiento, razón por la cual ha de ser adecuada o proporcionada a la misma. Como afirma la STS de 26 de enero de 2004⁵⁹, las mismas han de ser adecuadas, suficientes y no excesivas. Es más, la proporcionalidad de la medida cautelar es un parámetro que determinará la validez de su adopción y que permitirá, poste-

⁵² ATS, Sala 4.ª, Sec. 7.ª, de 3 de febrero de 2011 (ROJ: ATS 679/2011; MP: Nicolás Antonio Maurandí Guillen).

⁵³ ATSJ Madrid, Sala 1.ª, Sec. 1.ª, de 19 de mayo de 2010 (ROJ: ATSJ M 1945/2010; MP: José Manuel Suárez Robledano).

⁵⁴ AAP Castellón, Sec. 1.ª, de 5 de noviembre de 2008 (ROJ: AAP CS 673/2008; MP: Aurora de Diego González).

⁵⁵ V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 39.

⁵⁶ M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 36.

⁵⁷ V. CORTÉS DOMÍNGUEZ y V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., p. 417.

⁵⁸ C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar...*, op. cit., pp. 37 y 38.

⁵⁹ STS, Sala 4.ª, Sec. 5.ª, de 26 de enero de 2004 (ROJ: STS 323/2004; MP: Segundo Menéndez Pérez).

riormente, efectuar un adecuado control de la misma, especialmente a través de su motivación⁶⁰.

IV. PRESUPUESTOS

La jurisprudencia de las audiencias provinciales⁶¹ ha puesto de relieve de forma reiterada que la adopción de la medida cautelar consistente en la prohibición de disponer exige una motivación judicial en la que el tribunal que la acuerde no se limite a referirse genéricamente a la existencia de indicios de criminalidad. Se hace imprescindible, de este modo, una referencia específica al caso concreto y a los datos, corroborados por la práctica de diligencias de instrucción, de los que cabe inferir tanto el *fumus boni iuris*, esto es, la existencia de indicios de criminalidad en los hechos enjuiciados, como el *periculum in mora*, o riesgo de insolvencia del imputado, que frustrare la ejecución de la hipotética sentencia condenatoria que pudiera dictarse en la causa⁶².

1. *Fumus boni iuris*

Este requisito consiste en el daño jurídico específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional penal, que puede ser aprovechada por el imputado para colocarse en tal situación que frustrare la ulterior efectividad de la sentencia. Dicho peligro puede referirse tanto a la persona como al patrimonio del imputado. De este modo, en las medidas patrimoniales el riesgo de ocultación de la cosa o de insolvencia se hallará

⁶⁰ En este sentido, entre otros, P. SALA SÁNCHEZ, J. A. XIOL RIUS y R. FERNÁNDEZ MONTALVO, «Medidas cautelares», *op. cit.*, p. 475, y F. PERA VERDAGUER, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 6.ª ed., Barcelona, Bosch, 1998, p. 793. M.ª P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares...*, *op. cit.*, p. 185, precisa al respecto que la discrecionalidad que deriva del art. 1.428 de la entonces vigente LEC «no es para conceder o denegar la medida —si así fuera sobrarían los presupuestos—, sino para elegir, caso de ser fundamentada, aquella que goce de esa caracterización necesaria, según las circunstancias, para asegurar la efectividad de la sentencia».

⁶¹ AAAP Barcelona, Sec. 9.ª, de 22 de octubre de 2003 (ROJ: AAP B 1053/2003; MP: Jordi Palomer Bou); Sec. 2.ª, de 24 de mayo de 2007 (ROJ: AAP B 6130/2007; MP: Víctor Gómez Martín), y Sec. 2.ª, de 9 de junio de 2009 (ROJ: AAP B 5158/2009; MP: José Carlos Iglesias Martín), entre otras.

⁶² AAP Mallorca, Sec. 1.ª, de 7 de junio de 2011 (ROJ: AAP IB 190/2011; MP: Cristina Díaz Sastre).

implícito y dependerá de la duración del procedimiento, de la gravedad de la pena que comporte el hecho imputado y del importe de la responsabilidad civil derivada de delito.

La apariencia de buen derecho está concebida como una vía intermedia entre la certeza que se establecerá en la resolución final y la incertidumbre de cualquier procedimiento, de tal forma que para su adopción baste una apariencia fundada en la verdad del derecho alegado. Así, para adoptar una medida cautelar es necesario que la tutela cautelar que se va a otorgar lo sea respecto de una situación que, por tener los suficientes visos de legalidad, necesita dicha protección. No se trata de certeza, sino de apariencia o, en palabras de Calderón Cuadrado, de «verosímil existencia del derecho alegado»⁶³. Por ello «es indispensable que el derecho que se pretende cautelar aparezca como probable, como una probabilidad cualificada»⁶⁴. Montero Aroca precisa al respecto que el *fumus boni iuris* es el justo término medio entre la certeza del derecho y la incertidumbre base de la iniciación de un proceso⁶⁵, por ello este presupuesto debe ser, en todo caso, alegado y justificado mediante los medios oportunos que permitan corroborar su presencia en el caso concreto.

El TC afirma en este mismo sentido que las medidas cautelares se adoptan siempre «sin prejuzgar la cuestión controvertida y que, incluso cuando utilizan el *fumus boni iuris*, consisten en un juicio probabilístico y con alcance limitado»⁶⁶. Para el TS, la apariencia de buen derecho supone «que sea verosímil el derecho invocado por quien las solicita»⁶⁷, y exige «la existencia de datos, argumentos y justificaciones documentales, o por otros medios, que permitan fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión»⁶⁸. O como señala el AAP de Madrid de 15 de enero de 2007⁶⁹, se trata de la «justificación suficiente que reve-

⁶³ M.^a P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares...*, op. cit., pp. 41 y 42.

⁶⁴ M. SERRA DOMÍNGUEZ y F. RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 36.

⁶⁵ J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional...*, op. cit., p. 695.

⁶⁶ STC, Sala 1.^a, 105/1994, de 11 de abril (BOE, núm. 117, de 17 de mayo de 1994; MP: Rafael de Mendizábal Allende).

⁶⁷ ATS, Sala 1.^a, de 14 de abril de 2011 (ROJ: ATS 4250/2011; MP: José Ramón Ferrandiz Gabriel).

⁶⁸ ATS, Sala 1.^a, de 16 de mayo de 2008 (ROJ: ATS 6421/2008; MP: Jesús Eugenio Corbal Fernández).

⁶⁹ AAP Madrid, Sec. 28.^a, de 15 de enero de 2007 (ROJ: AAP M 1/2007; MP: Enrique García García). También el AAP Toledo, Sec. 1.^a, de 15 de marzo de 2005 (ROJ: AAP TO 81/2005; MP: Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro), ha dispuesto, en este sentido, que «ese *fumus boni iuris*, o apariencia jurídica o de prevalencia jurídica, implica que la existencia del

le, siquiera de modo indiciario, que lo más probable es que el derecho que trata de ejercitar en el litigio principal vaya a merecer un juicio favorable. No se trata de prejuzgar, pero sí de constatar que la pretensión de la parte solicitante tiene el grado de solidez necesario para justificar la concesión de la tutela cautelar».

El enjuiciamiento *prima facie*, o también llamado principio de prueba, que es el que procede para determinar la procedencia o no de acordar una medida cautelar, es un juicio de plausibilidad de la imputación efectuada al inculpado. Dicho de otro modo, no se trata de decidir ya si la prueba indiciaria permite enervar en este momento la presunción de inocencia sin que concurra duda razonable alguna, sino que lo único que se pide es que se evalúe si dichos indicios permiten tener por posible, si es verosímil, que el imputado haya cometido los hechos criminosos que se le atribuyen. Basta, por tanto, con que el material probatorio permita tener por razonable la hipótesis inculpatoria. De ahí que pueda suceder perfectamente, como de hecho así ocurre con frecuencia, sin que ello evidencie un fallo del sistema, que habiendo existido indicios racionales de criminalidad suficientes para adoptar medidas cautelares o para acordar el procesamiento de un imputado, la sentencia acabe siendo absolutoria. Por tanto, debe quedar bien sentada la diferencia esencial que existe entre el estándar de prueba indiciaria que se exige para acordar una medida cautelar o para procesar, que se limita a la mera plausibilidad o verosimilitud de la tesis acusatoria, del que se demanda para condenar, certeza o convicción más allá de toda duda razonable. En el primer caso (principio de prueba), cabe adoptar la medida cautelar o acordar el procesamiento aunque la masa de indicios del caso permitan sostener ambas tesis, inculpatoria y exculpatoria. En el segundo caso (juicio pleno), si la hipótesis compatible con la inocencia no queda excluida lógicamente y de manera rotunda, debe absolverse.

La exigencia de indicios criminales como presupuesto de adopción comporta, en consecuencia, la necesidad de tomar en cuenta que el estatus de imputado en el proceso penal se desenvuelve en condiciones dinámicas. Que no son las mismas exigencias indiciarias las que deben concurrir en los primeros momentos imputatorios respecto a las que deben exigirse cuando de lo que se trata es de asentar la inculpación o, posteriormen-

derecho o interés jurídico afirmadas ha de parecer verosímil, o sea, suficiente para que seguir un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable al que solicita la medida cautelar; pues, según acertadamente expone la doctrina, no cabe exigir una plena declaración jurídica dado que en ese caso el cautelar sustituirá el proceso principal, siendo bastante con el acreditamiento de la apariencia».

te, la acusación. La también necesidad, por tanto, de apreciar e individualizar los diferentes estándares de suficiencia probabilística que resultan aplicables tanto durante el desarrollo del proceso inculpativo como para la adopción de las diferentes decisiones y consecuencias que se prevén. No es lo mismo la llamada a la causa a los solos efectos del art. 775 LECrim., para lo que en muchos casos bastará la presencia de una apariencia de criminalidad a la luz del estrecho margen de inadmisión de *notitia criminis* que se establece en los arts. 269 y 313 LECrim., que el efecto que arrastra la adopción de medidas cautelares, penales o civiles, la ordenación de medidas investigativas con una profunda injerencia en el núcleo de derechos fundamentales o la decisión de procesamiento o de inculpación en los términos recogidos en los arts. 384 y 779 LECrim.⁷⁰

Por tanto, en el proceso penal, esa apariencia de buen derecho estriba en la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada o, lo que es lo mismo, en la existencia en la instrucción de “indicios racionales de criminalidad”⁷¹. Aunque la existencia de imputación contra una persona determinada puede no ser suficiente para su adopción, en la medida en que no todo delito provoca la exigencia de responsabilidades civiles, sino tan sólo en aquellos de los que se derivaren daños o perjuicios⁷², siendo necesario, además, que tales indicios evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan.

2. *Periculum in mora*

A través de esta expresión se pretende subrayar la necesidad de que las medidas cautelares se adopten cuando exista un riesgo que amenace la efectividad del proceso y de la sentencia. El peligro de mora procesal constituye la causa de las medidas cautelares, debiendo entenderse por tal el riesgo de que, como consecuencia de la duración de un proceso, se

⁷⁰ SSTC, Sala 1.ª, 41/1998, de 24 de febrero (BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 1998; MP: Pedro Cruz Villalón); Sala 1.ª, 87/2001, de 2 de abril (BOE, núm. 104, de 1 de mayo de 2001; MP: María Emilia Casas Baamonde), y Sala 2.ª, 125/2001, de 4 de junio (BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2001; MP: Julio Diego González Campos).

⁷¹ AAP Madrid, Sec. 27.ª, de 18 de octubre de 2012 (ROJ: AAP M 16757/2012; MP: Ana María Pérez Marugán); AAP Barcelona, Sec. 21.ª, de 8 de octubre de 2012 (ROJ: AAP B 7964/2012; MP: Mónica Aguilar Romo), y AAP Castellón, Sec. 1.ª, de 24 de febrero de 2012 (ROJ: AAP CS 431/2012; MP: Carlos Domínguez Domínguez), entre otras.

⁷² AAP Castellón, Sec. 1.ª, de 10 de febrero de 2012 (ROJ: AAP CS 131/2012; MP: Esteban Solaz Solaz).

produzcan hechos o circunstancias que impidan o dificulten gravemente la efectividad de la resolución que pudiese recaer.

Estos fundamentos deben interpretarse desde el prisma de la proporcionalidad, que exige un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes⁷³. En este contexto, una medida desproporcionada o irrazonable, como ha manifestado reiteradamente el TC⁷⁴, no sería, en sentido estricto, una medida cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso, afirmando, asimismo, que la presencia del *periculum in mora* es un presupuesto para la adopción de la medida cautelar⁷⁵. Es también constante la jurisprudencia del TS en este sentido⁷⁶.

Para Serra Domínguez y Ramos Méndez, el *periculum in mora* es el fundamento de las medidas cautelares⁷⁷. Calderón Cuadrado afirma al respecto que los dos elementos integrantes del *periculum in mora* son el retraso y el daño marginal, interrelacionados de tal forma que no pueden imaginar-

⁷³ Así el AAP Castellón, Sec. 1.ª, de 4 de mayo de 2012 (ROJ: AAP CS 379/2012; MP: Carlos Domínguez Domínguez), viene a exigir la existencia de un «peligro de infructuosidad» afirmando: «Por esta razón, cuando la solvencia, honestidad y arraigo del imputado estuvieran acreditados en la instrucción decae y no se justifica la práctica de estas medidas, cuya adopción podría revestir carácter sancionador, al tener el responsable civil innecesariamente que sufragar sus gastos económicos. Por el contrario, dicho peligro se materializaría en las posibilidades de que el responsable civil, durante el tiempo que tarda en tramitarse la pretensión civil resarcitoria surgida como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa, se dedique a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, con el objeto de que, una vez alcanzada la firmeza de la condena civil impuesta por los órganos judiciales, la ejecución de dicho pronunciamiento condenatorio se revele impracticable». En similar sentido AAP Las Palmas, Sec. 1.ª, de 10 de diciembre de 2010 (ROJ: APP GC 1950/2010; MP: Pedro Joaquín Herrera Puentes).

⁷⁴ SSTC, Sala 1.ª, 27/1997, de 11 de febrero (BOE, núm. 63, de 14 de marzo de 1997; MP: Vicente Gimeno Sendra), y Sala 1.ª, 66/1989, de 17 de abril (BOE, núm. 119, de 19 de mayo de 1989; MP: Luis López Guerra), entre otras muchas.

⁷⁵ SSTC, Sala 2.ª, 148/1993, de 29 de abril (BOE, núm. 127, de 28 de mayo de 1993; MP: Luis López Guerra), y Sala 1.ª, 62/1996, de 15 de abril (BOE, núm. 123, de 21 de mayo de 1996; MP: Vicente Gimeno Sendra).

⁷⁶ La STS, Sala 4.ª, Sec. 2.ª, de 24 de marzo de 2011 (ROJ: STS 1718/2011; MP: José Antonio Montero Fernández), afirma que el *periculum in mora* «forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con él se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil, se trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia», y también la STS de 21 de junio de 2006, respecto de la suspensión de la ejecución, considera que «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».

⁷⁷ M. SERRA DOMINGUEZ y F. RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 40.

se el uno sin el otro⁷⁸. El retraso o demora vendrá referido a la duración del proceso o del procedimiento. Duración que, siendo normal e inevitable, no puede ni debe justificar un daño de difícil o imposible reparación. Y es aquí donde se enlaza con el denominado «daño marginal», que podía concebirse con el daño añadido derivado del retraso que puede producirse respecto de la efectividad de la resolución del proceso o del procedimiento principal.

Procesalmente se ha diferenciado entre dos tipos de *periculum in mora*: el peligro de infructuosidad y el peligro de tardanza del proceso principal⁷⁹. La única diferencia es el tipo de peligro ante el que estamos. En el primer supuesto, la espera es, en cierto modo, tolerable, y la medida cautelar trataría de asegurar la efectividad de la resolución que pone fin al proceso. Por el contrario, cuando el peligro no es de infructuosidad, sino de tardanza, es el propio transcurso del tiempo el que puede llegar a suponer un daño tal que se convertiría en irreparable. En ambos casos hay una evidencia de peligro producido por el desarrollo de un proceso, que es lo que la medida cautelar tratará de evitar, correspondiendo al órgano competente para ello evaluar si verdaderamente existe este peligro.

En definitiva, a través del requisito del *periculum in mora* ha de verificarse la existencia real de un daño que se pretende evitar. Este daño, además, no precisa ser actual, sino que sería suficiente la certeza de un daño futuro⁸⁰. Lo que sí debe constatarse es que el daño es efectivo y no meramente probable o posible. Un daño que, de no prevenirse con la medida cautelar, pasaría a convertirse en un daño de imposible o difícil reparación. En cualquier caso habrán de evitarse excesos en el grado de justificación exigible del presupuesto de peligro, sobre todo en aquellos supuestos en que el peligro puede convertirse en un daño irreparable con gran rapidez⁸¹.

⁷⁸ M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 46.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 48. Esta distinción fue apuntada por G. CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal civil*, trad. de J. Casais y Santaló, t. I, Madrid, Reus, 2000, p. 284.

⁸⁰ Existe en este sentido una jurisprudencia constante que prohíbe la adopción de medidas cautelares para alterar situaciones de hecho consentidas, salvo que se justifiquen las razones por las que no se han solicitado previamente. Así, entre otros, el AAP Valencia, Sec. 7.ª, de 28 de marzo de 2012 (ROJ: AAP V 172/2012; MP: María Pilar Eugenia Cerdán Villalba), afirma: «Porque de lo que se trata es de justificar la existencia de un peligro actual, se establece la prohibición legal de que con la medida cautelar se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante largo tiempo, salvo que se justifiquen cumplidamente las razones por las que no se han solicitado las medidas». En idéntico sentido AAP Bilbao, Sec. 5.ª, de 22 de febrero de 2012 (ROJ: AAP BI 23/2012; MP: Leonor Ángeles Cuenca García), y AAP Ciudad Real, Sec. 1.ª, de 8 de septiembre de 2010 (ROJ: AAP CR 297/2010; MP: María Jesús Alarcón Barcos), entre otras muchas.

⁸¹ M. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 162.

Igualmente conviene señalar que un daño no deja de ser irreparable por el hecho de ser indemnizable. Señala Chinchilla que «la irreparabilidad no es equiparable a la irresarcibilidad, pues quien solicita la tutela cautelar quiere que el bien tutelado permanezca íntegro y no que se le asegure una indemnización»⁸². En este sentido afirma el TC, respecto de los daños patrimoniales o económicos, que, en principio, podrían considerarse siempre reparables mediante la oportuna indemnización: «Esto no significa que cuando el derecho debatido en el proceso principal tenga contenido patrimonial —como el que aquí nos ocupa— automáticamente deba rechazarse toda medida cautelar respecto de la que se impetire el amparo alegando que en este caso nunca se producirán daños irreversibles sobre el referido derecho, ya que siempre podrá ser restablecido en su integridad después de la resolución judicial mediante una indemnización económica. Como ya se apuntó en la tantas veces citada STC 238/1992, en algunos supuestos la indemnización a posteriori de los perjuicios producidos por la pendencia del proceso principal en el derecho de contenido patrimonial puede resultar tan insuficiente para preservar la futura integridad del mismo como cuando se afecta a otro tipo de derecho, ya que puede darse el caso de que la situación anterior del derecho de contenido patrimonial no pueda ser restaurada en su plenitud mediante una reparación pecuniaria»⁸³.

V. PROCEDIMIENTO PARA SU ADOPCIÓN

La LECrim. no establece claramente el procedimiento a seguir para la adopción de medidas cautelares de carácter real, pues, de un lado, dentro del sumario ordinario, sus art. 589 a 614, reguladores de las fianzas y embargos, se limitan a disponer que todas las diligencias relativas a estas medidas se instruirán en pieza separada, y, de otro, su art. 764.1, en el ámbito del procedimiento abreviado, faculta al juez para adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, indicando que las mismas deberán acordarse mediante auto y formalizarse en pieza separada, realizando este último precepto, en su párrafo 2.º, una concreta remisión a la LEC en lo que se refiere al contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares, cuyo art. 733.1, como

⁸² C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar...*, op. cit., p. 44.

⁸³ SSTC, Sala 1.ª, 18/1994, de 18 de julio (BOE, núm. 177, de 26 de julio de 1994; MP: Vicente Gimeno Sendra), y Pleno, 238/1992, de 1 de diciembre (BOE, núm. 17, de 20 de enero de 1993; MP: Luis López Guerra).

regla general, dispone que el tribunal proveerá la solicitud de medidas cautelares previa audiencia del demandado, salvo que concurran razones de urgencia o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar, en cuyo caso el tribunal podrá adoptar la medida sin más trámites, sin ulterior recurso, pero pudiendo el demandado formular oposición frente a la misma.

Por tanto, resulta cuestión controvertida si la adopción de la prohibición de disponer requerirá o no la audiencia del imputado con carácter previo a su adopción. Así, encontramos resoluciones⁸⁴ que entienden necesaria la previa audiencia del imputado con carácter previo a acordar una medida cautelar de carácter real, salvo que concurran razones de urgencia, mientras que otras consideran innecesario este trámite previo⁸⁵.

En primer lugar hemos de destacar que el art. 13 LECrim. contempla como primeras diligencias a practicar en el marco de una causa penal, entre otras, la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito,

⁸⁴ AAP Madrid, Sec. 17.^a, de 21 de diciembre de 2012 (ROJ: AAP M 20832/2012; MP: José Luis Sánchez Trujillano), conforme a la cual «resulta, por tanto, por derivación, de aplicación la LEC que dispone o bien la celebración de vista —art. 734— como trámite previo para la resolución de las medidas solicitadas o bien la posibilidad de adoptar la mencionada medida cautelar *inaudita parte* “razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que hubieran aconsejado acordar la sin oír al demandado”, previendo, en dicho supuesto —art. 739—, la posibilidad de formular oposición en el plazo de veinte días pudiéndose esgrimir cuantos hechos y razones se tengan por conveniente dándose traslado de la oposición al solicitante para, seguidamente, celebrar vista —art. 731—, precisamente la del 734. En tales condiciones, la vista parece un trámite necesario de cara a la posibilidad de adoptar medidas cautelares reales, de contenido patrimonial, en el procedimiento penal, cosa que en el presente caso no se ha hecho». En similar sentido AAP Lleida, Sec. 1.^a, de 22 de febrero de 2007 (ROJ: AAP L 830/2007; MP: Francisco Segura Sancho).

⁸⁵ Así lo ha entendido el AAP Barcelona, Sec. 2.^a, de 29 de marzo de 2011 (ROJ: AAP B 2202/2011; MP: José Carlos Iglesias Martín), según el cual «el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pudieran declararse precedentes puede acordarse por el magistrado instructor *inaudita parte*, no siendo, por consiguiente, preceptivo que le sean solicitadas las medidas cautelares por parte alguna ni que con carácter previo a su adopción deba oírse en declaración al imputado o imputados». En similar sentido AAP Barcelona, Sec. 2.^a, de 20 de diciembre de 2011 (ROJ: AAP B 7502/2011; MP: José Carlos Iglesias Martín); AAP Santander, Sec. 1.^a, de 6 de abril de 2005 (ROJ: AAP S 161/2005; MP: Javier de la Hoz de la Escalera), y AAP Castellón, Sec. 1.^a, de 8 de septiembre de 2011 (ROJ: AAP CS 711/2011; MP: Aurora de Diego González). Dentro de la doctrina considera necesaria la audiencia previa del imputado E. PORRES ORTIZ DE URBINA, *Medidas cautelares reales en el proceso penal*, col. Manuales de Formación Continuada, núm. 46, Madrid, CGPJ, 2007, p. 7, en los siguientes términos: «Tampoco es precisa la previa audiencia del afectado. En el orden jurisdiccional civil la audiencia del demandado es el criterio general (art. 733 LEC) que admite excepciones. En el orden penal no es preciso este presupuesto y la urgencia del caso determinará si ha de concederse audiencia previa o no al afectado».

a sus familiares o a otras personas. Estas medidas de protección, que el legislador califica como «primeras diligencias», son las que normalmente habrán de adoptarse desde el comienzo de la causa, sin perjuicio de que también pueda hacerse una vez iniciada la investigación. Constituyen medidas cautelares tendentes a asegurar el cumplimiento efectivo de la resolución definitiva que, en su caso, pueda recaer⁸⁶, cuya vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva es incuestionable, proclamando el TC que «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso»⁸⁷.

La cuestión planteada fue abordada por la Circular FGE 1/2003, que interpreta que el art. 764.2 LECrim., relativo a las medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, «contiene una remisión a la LEC que ha de ser entendida en sus justos y estrictos términos», entendiendo que «por lo que respecta a los presupuestos para la adopción de medidas cautelares, la remisión a la LEC habrá de ser interpretada como una remisión sólo a los presupuestos del art. 726 LEC. Por tanto, no se extenderá la citada remisión a otros aspectos no mencionados expresamente en el art. 721.2 LECrim. No alcanzará, por ejemplo, a las normas de procedimiento, de modo que en su tramitación el juez de instrucción estará vinculado únicamente al mandato contenido en el apartado 1, que de modo lacónico establece que se forme pieza separada y se resuelva mediante auto». Por último, se afirma en la citada Circular que «tampoco la remisión a la LEC —cuyo art. 727 no menciona expresamente la fianza— impi-

⁸⁶ En este sentido afirma la APP Madrid, Sec. 29.ª, de 9 de febrero de 2012: «En esta materia objeto de disputa se ha de partir de lo que dispone el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que señala como, entre las primeras diligencias a practicar en la instrucción de una causa penal, se realizarán las destinadas a proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito». Así se viene entendiendo por numerosas resoluciones de las Audiencias Provinciales, entre ellas las de Huesca (Sentencia de 22 de noviembre de 1999) y Barcelona (Sentencia de 21 de julio de 2004), ya que, como señala la Audiencia de Gerona en su Sentencia de 23 de septiembre de 2002: «La ley permite que el instructor acuerde como primeras diligencias las medidas cautelares que considere oportunas para dar protección a los perjudicados, y ello sin que la adopción de tales cautelas *inaudita parte* (como acontece en gran número de los casos, bien por desconocerse el paradero del presunto imputado, bien por la necesaria celeridad en adoptar la medida, bien porque se precisa que el presunto imputado ignore inicialmente la adopción de la medida para asegurar la efectividad de la misma) suponga quiebra alguna del derecho de defensa, del principio acusatorio o del principio de contradicción». En similar sentido AAP Sevilla, Sec. 7.ª, de 25 de junio de 2009 (ROJ: APP SE 1696/2009; MP: Esperanza Jiménez Mantecón), entre otras.

⁸⁷ STC, Pleno, 14/1992, de 10 de febrero (BOE, núm. 54, de 3 de marzo de 1992; MP: Jesús Leguina Villa).

de que en el procedimiento abreviado el juez de instrucción pueda aplicar las normas generales de la LECrim. sobre aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias (arts. 589 y ss. LECrim.), en la medida en que el propio art. 727.11.^a introduce una cláusula final de *numerus apertus* y permite adoptar cualquier otra medida que se estime necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio. Entre éstas cabe incluir, obviamente, la fianza y embargo subsidiario regulados en los mencionados artículos de la LECrim. También puede el juez de instrucción acordar directamente el embargo con base en el art. 727.1.^a LEC y permitir al presunto responsable civil que lo eluda mediante la prestación de una caución sustitutoria (art. 746 LEC) —que equivale a una fianza—, con lo que se invertirían los términos pero el efecto final sería similar»⁸⁸.

Así las cosas, debe concluirse que la adopción de medidas cautelares reales en el proceso penal no requiere de audiencia previa del imputado, a diferencia de las medidas personales, por lo que en cualquier momento de la instrucción, en cuanto concurren los presupuestos del art. 589 LECrim.,

⁸⁸ En este sentido el AAP Madrid, Sec. 1.^a, de 21 de julio de 2011 (ROJ: AAP M 11295/2011; MP: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina), dispone: «No puede desconocerse que el reenvío a la Ley Procesal Civil es problemático. No parece que exista problema alguno en interpretar qué ha de entenderse por contenido de las medidas cautelares, ya que tal concepto parece referirse a las concretas medidas susceptibles de adopción que están detalladas en el art. 727 LEC. Tampoco ofrece problemas el reenvío a la caución sustitutoria prevista en los arts. 746 y 747 LEC. En cambio, sí es problemático el reenvío en relación con los llamados presupuestos. La ley procesal civil no utiliza ese concepto jurídico y debe discriminarse qué se entiende por tales. Considero que por presupuestos han de entenderse exclusivamente los requisitos generales previstos en el art. 728 LEC, excluyendo las reglas procedimentales, en tanto que el proceso penal se rige por unos principios distintos. Por tanto, el reenvío en cuanto a los presupuestos debe considerarse referido exclusivamente a la apariencia de buen derecho (que en el caso del proceso penal se concreta en la existencia de indicios de criminalidad) y al peligro de retardo. Las demás normas de la LEC relativas a competencia y procedimiento no son aplicables, ni tampoco lo son las relativas a la forma de impugnación. Así, en el orden civil y como consecuencia del principio dispositivo no cabe la adopción de medida cautelar sin petición de parte (art. 723 LEC), pero en el orden penal, en cambio, no rige este principio, sino el de oficialidad (arts. 13, 589 y 764 LECrim.), por lo que el juez puede adoptar estas medidas de oficio o a petición de parte. Tampoco es precisa la previa audiencia del afectado. En el orden jurisdiccional civil la audiencia del demandado es el criterio general (art. 733 LEC) que admite excepciones. En el orden penal no es preciso este presupuesto y la urgencia del caso determinará si ha de concederse audiencia previa o no al afectado. En cuanto a la oposición de las medidas afectadas, deberá hacerse valer a través de los recursos propios del orden penal, y respecto a la modificación de las mismas por alteración de circunstancias o por cualquier otra causa legal, podrá adoptarse por el juez de oficio o a petición de parte, sin un trámite preestablecido».

el juez podrá acordar las medidas civiles de aseguramiento⁸⁹. Siendo de destacar que el art. 764 LECrim. no remite al total régimen jurídico establecido en la LEC, que en muchos aspectos no resulta trasladable al proceso penal, sino únicamente en cuanto sus presupuestos, habida cuenta la distinta naturaleza y finalidad de las medidas cautelares en uno y otro orden. Asimismo, este último precepto de la LECrim. atribuye al juez la facultad de acordar de oficio la medida cautelar, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, en el que de forma expresa y tajante se dispone que las medidas cautelares sólo pueden adoptarse a petición de parte.

VI. EFECTOS JURÍDICOS

La finalidad de las prohibiciones de disponer de origen judicial, según el art. 726.1 LEC, es «hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente».

Como circunstancias con eficacia real tendrán acceso al Registro de la Propiedad, si bien no son objeto de inscripción, como acontece con las prohibiciones de disponer de origen voluntario⁹⁰, sino de anotación preventiva⁹¹. Se trata de asientos de carácter negativo cuyo único efecto es que, mientras estén en vigor, impiden la inscripción o anotación de los actos dispositivos que, respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación, hubiere realizado posteriormente a ésta su titular⁹². Aunque, a priori, no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación, según veremos a continuación. Como declara la RDGRN de 28 de junio de 2006, reflejada la prohibición en el Registro de la Propiedad mediante el asiento previsto en el art. 26 LH su efecto inmediato es cerrar el mismo a los actos dispositivos

⁸⁹ N. BARCONES AGUSTÍN, «El aseguramiento de responsabilidades civiles en el proceso penal: la fianza hipotecaria», *Noticias jurídicas*, diciembre de 2009, pp. 1-11.

⁹⁰ Art. 26.3 LH: «Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez».

⁹¹ Art. 26.2 LH: «Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva».

⁹² En este sentido J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 232.

realizados con posterioridad a su práctica, como expresamente determina el art. 145 del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (*BOE*, núm. 106, de 16 de abril de 1947) (en adelante RH).

No obstante lo anterior, el órgano judicial que acuerde la medida provisional goza de una amplia libertad para determinar su alcance y contenido, tal y como autorizan los arts. 726.3, 727.6.^a y 727.11.^a LEC, lo que constituye una aplicación específica de la potestad constitucionalmente reconocida para juzgar y hacer cumplir lo juzgado. El órgano judicial puede calibrar la intensidad de la medida adoptada en la forma que considere mejor ajustada a Derecho y a las necesidades del proceso, y dicha diversidad debe reflejarse en el contenido del Registro en el asiento respectivo. De aquí que, aun cuando las normas hipotecarias no reflejen esta posibilidad de forma clara y determinante, es evidente que la eficacia del asiento practicado dependerá del concreto contenido de la prohibición acordada en sede judicial. El art. 735.2 LEC afirma que el auto «fijará con toda precisión la medida o medidas cautelares que se acuerdan y precisará el régimen a que han de estar sometidas»; régimen que ha de reflejarse en el asiento respectivo de cuyo contenido concreto dependerá su eficacia. Como ha recogido la doctrina de la DGRN⁹³, la prohibición puede ser más o menos amplia —distinguiendo entre prohibición de disponer y enajenar respectivamente— e incluso puede implicar el cierre absoluto del registro —prohibición de inscribir—, pero sin que dicha distinción implique una clasificación cerrada, sino la mera expresión de la amplia libertad de que dispone el órgano judicial.

La anotación de prohibición de disponer, asimismo, se caracteriza por ser un asiento temporalmente limitado que constituye una carga real inmobiliaria sobre un derecho previamente inscrito a nombre del imputado⁹⁴, en virtud de la cual son nulos y no inscribibles hasta su cancelación

⁹³ RRDGRN de 8 de julio de 2010, 3 de agosto de 2011 y 9 de junio de 2012.

⁹⁴ Conforme STS, Sala 2.^a, de 23 de junio de 2005 (ROJ: STS 4150/2005; MP: José Ramón Berdugo Gómez de la Torre): «El concepto de gravamen no se limita sólo a los reales (como prendas o hipotecas), sino que ha de entenderse en un sentido amplio, extendiéndose a las anotaciones preventivas, prohibiciones de enajenar, embargos judiciales, anticresis e incluso hasta las garantías de carácter personal y el arrendamiento de finca urbana, o las restricciones impuestas por la legislación urbanística, y también la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, que tiene carácter constitutivo». En idéntico sentido SSTS, Sala 2.^a, de 22 de septiembre de 1997 (ROJ: STS 5540/1997; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); de 5 de noviembre de 1998 (ROJ: STS 6491/1998; MP: José Augusto de Vega Ruiz), y de 20 de octubre de 2006 (ROJ: STS 6969/2006; MP: Carlos Granados Pérez).

los actos dispositivos contrarios posteriores a ella. Esta anotación no tiene carácter constitutivo, pues la prohibición despliega sus efectos desde el momento en el que es adoptada judicialmente, pero su eficacia frente a terceros se produce por y desde la anotación en el Registro de la Propiedad⁹⁵. Esto significa que si la prohibición dispositiva no ha sido anotada no produce sus efectos típicos impositivos de la transmisión o de la adquisición del derecho castigado con la indisponibilidad respecto de terceros de buena fe⁹⁶.

Finalmente hemos de destacar que esta anotación, conforme a lo dispuesto en el art. 44 LH⁹⁷, otorga las mismas preferencias para el cobro frente a otros acreedores que las conferidas al acreedor que haya anotado un embargo, lo cual constituye un importante efecto sustantivo⁹⁸.

1. Actos jurídicos anteriores a la anotación

La medida cautelar de la prohibición de disponer no otorga preferencia alguna frente a otros derechos nacidos con anterioridad al bien afectado por la prohibición de disponer. Es evidente, pues, que una vez que se acuerde judicialmente una medida judicial como la prohibición de disponer se va a impedir la constitución de cualquier gravamen sobre el inmueble sobre el que haya recaído la traba judicial, que impide que el propietario pueda llevar a cabo acto alguno dispositivo sobre el inmueble al existir no ya una preferencia, sino una expresa limitación de que se lleve a cabo un acto de carácter voluntarista con posterioridad a la decisión judicial sobre la prohibición de disponer.

⁹⁵ V. MAGRO SERVET, «Consecuencias jurídicas de la resolución judicial de la prohibición de disponer sobre bienes inmuebles», *La Ley*, núm. 7.389, Sección Doctrina, 27 de abril de 2010, p. 7.

⁹⁶ Establece el art. 34 LH que: «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente».

⁹⁷ Art. 44 LH: «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo cuarenta y dos tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el art. 1.923 CC».

⁹⁸ En este sentido, L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, *Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1985, p. 352.

Ahora bien, la clave está en que, como se ha indicado, esta prohibición de disponer se refiere a la expresa limitación de que los actos dispositivos sobre la finca se lleven a efecto con posterioridad a la decisión judicial, pero obviamente nada impide que estos actos dispositivos se hayan llevado a efecto con anterioridad a la existencia de esta limitación. Así se plantea la cuestión de la determinación concreta de los efectos de aquellos actos dispositivos otorgados antes de que se ordenara la prohibición de disponer pero que se presentaron al Registro después de practicada la oportuna anotación.

A) *Normas registrales aplicables*

Desde un punto de vista sustantivo, la prohibición de disponer no excluye la validez de las enajenaciones que se efectuaron con anterioridad al asiento registral de la prohibición de disponer⁹⁹. Sin embargo, desde un punto de vista registral, el principio de prioridad a que se refiere el art. 17 LH impide despachar ningún título de fecha igual o anterior que se oponga o sea incompatible a otro inscrito. Es el caso de prohibiciones de disponer de origen voluntario inscritas en el Registro de la Propiedad, donde la regla debe ser no sólo el cierre registral a los actos dispositivos posteriores a la inscripción de la prohibición de disponer, sino también el de los actos dispositivos de fecha fehaciente anterior a la prohibición. Por tanto, si bien se trata de actos que desde el punto de vista sustantivo o civil pueden considerarse válidos o eficaces, su acceso al Registro podría cuestionarse por las dificultades de su adaptación a los principios registrales de nuestro sistema, básicamente con el principio de prioridad, dada la falta de claridad de las normas aplicables a esta materia.

Así, por un lado, el citado art. 26 LH nada dispone al respecto, dado que sus tres reglas, en contra de lo que parece anunciar su párrafo primero, se limitan a determinar la forma en que las prohibiciones han de hacerse constar en el Registro, sin indicar los efectos concretos que se le hayan de atribuir.

Por otro lado, el art. 44 LH dispone que «el acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del art. 42 tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el art. 1.923 CC». Este último artículo fija la preferencia sólo en cuan-

⁹⁹ RDGRN de 28 de noviembre de 2008.

to a créditos posteriores, lo que ha permitido entender, por vía de analogía, que las prohibiciones anotadas sólo tienen preferencia frente a títulos posteriores y que, por tanto, no afectan a los actos dispositivos anteriores. No obstante, esta conclusión presenta el inconveniente de que el art. 1.923 CC se refiere exclusivamente a los créditos anotados en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, y no incluye a los que «demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación hayan obtenido providencia prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles».

Por su parte, el art. 17 LH establece que «inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real». La prohibición de disponer no es, en sentido estricto, un título traslativo o declarativo de dominio o derecho real, pero el art. 17 LH tampoco tiene la virtualidad de configurar un principio hipotecario que, en su vertiente relativa o de preferencia y en relación con las anotaciones preventivas, se plasma, con carácter general, en el art. 71 LH, conforme al cual «los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación», lo cual supone al tiempo excepcionar en este ámbito la eficacia absoluta o de cierre del citado principio de prioridad y confirmar su eficacia relativa o de atribución de preferencia o prelación de rango.

Ahora bien, en oposición a la regulación contenida en el transcrito art. 71 LH, tanto la jurisprudencia como la DGRN pusieron de manifiesto la especialidad que, frente a tal regla, y por razón de su naturaleza y finalidad, representaban las anotaciones de prohibición de disponer. Así, la STS de 7 de febrero de 1942¹⁰⁰, recogiendo y haciendo propias tales opiniones, declara que «es de buen sentido jurídico —aparte de otras notas diferenciales entre las tres clases de anotaciones— que la que prohíbe la enajenación tenga la finalidad específica de impedir o suspender temporalmente el ejercicio del *ius disponendi* —no constitutivo técnicamente de verdadera incapacidad—, ya que resultaría paradójico que pudiera vender válidamente un inmueble quien tiene prohibición judicial de enajenarlo. Considerando que esta finalidad específica de la prohibi-

¹⁰⁰ STS, Sala 1.ª, de 7 de febrero de 1942 (RJ 1942/168).

ción de enajenar no es sólo de buen sentido jurídico, en plan de interpretación lógica del art. 42, núm. 4.º, LH, sino que además está reconocida por otras fuentes de conocimiento, como la doctrina científica muy nutrida y las DGRN en Resoluciones de 7 de marzo de 1893, 7 de junio de 1920, 19 de julio de 1922 y 30 de septiembre de 1926, entre otras, proclamando sin vacilación que el asiento prohibitivo provoca la nulidad de los actos y contratos realizados en su contradicción mientras esté vigente, sin que, por tanto, puedan tener acceso al Registro». Esta doctrina científica y legal se basa, pues, en la sustracción que del ejercicio de las facultades dispositivas del titular contra el que se dicta la medida cautelar opera ésta, con la lógica derivación de la invalidez civil de los actos dispositivos o enajenaciones realizadas durante la vigencia de la misma. La consecuencia lógica de ello era el cierre temporal del Registro no tanto como un efecto de prioridad registral puramente formal, cuanto por aplicación del principio de legalidad que impide el acceso al Registro de los actos y negocios inválidos.

Por otra parte, la jurisprudencia del TS, ya antes de la aprobación del RH en el que se introduce el art. 145 en los términos que después veremos, sostuvo la validez civil de los actos dispositivos otorgados con anterioridad a la fecha de la anotación preventiva de prohibición de disponer, aunque presentados después. Así lo afirma la STS de 2 de marzo de 1943¹⁰¹ cuando dice que «es patente que una prohibición de enajenar que lleva fecha 18 de julio de 1932 no puede acreditar que el 5 de mayo del mismo año estuviera el señor F. privado del derecho de transmitir los bienes que entonces vendió a los actores en uso de sus facultades dominicales que no estaban limitadas por anotación ni declaración alguna y, por otra parte, como quiera que don José F. en la expresada fecha de 5 de mayo tenía inscrito en el Registro su derecho de propietario adquirido sin reserva alguna por escritura pública, hay que reconocerle en observancia del art. 41 LH todos los derechos consignados en el libro segundo del Código Civil a favor del propietario y del poseedor de buena fe sin excluir el de libre disposición de los bienes a su nombre inscritos a virtud del contrato celebrado por escritura pública [...] sin que sea obstáculo la prohibición de enajenar anotada preventivamente, pues como tiene declarado esta Sala en 21 de febrero de 1912 las anotaciones preventivas no lesionan los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada». Esta línea interpretativa de la jurisprudencia, en paralelo a la ante-

¹⁰¹ STS, Sala 1.ª, de 2 de marzo de 1943 (RJ 1943/266).

rior, deja claramente sentada la idea de que la prohibición de disponer no excluye la validez de los actos dispositivos realizados con anterioridad al asiento de prohibición de disponer.

Sobre estos precedentes doctrinales y jurisprudenciales se aprueba en 1947 el actual RH, que en su art. 145 dispone que «las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar comprendidas en el núm. 2 del art. 26 y núm. 4 del art. 42 de la Ley impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación hubiere realizado posteriormente a ésta su titular, pero no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación». Artículo que todavía hoy conserva su originario tenor literal al no haber sido afectado por ninguna de las reformas reglamentarias posteriores, cuya finalidad, no completamente alcanzada como veremos, era precisamente la de clarificar los efectos derivados de esta modalidad de anotaciones llevando del plano de la doctrina legal al normativo las conclusiones alcanzadas por la jurisprudencia antes reseñada, como hizo también en muchas otras materias conforme al propósito explicitado en el preámbulo del RH.

De este precepto se deriva como primera constatación que el efecto primordial, esencial a la propia naturaleza de las anotaciones preventivas de prohibición de disponer, es el de impedir la inscripción o anotación de los actos dispositivos realizados por el titular con posterioridad a la anotación. Este efecto, inexcusable para que la anotación resulte eficaz, implica un cierre temporal del Registro por exigencias derivadas del procedimiento judicial en que se ha acordado, como así lo había declarado ya reiteradamente la DGRN antes de la reforma¹⁰². Pero esta primera constatación no es suficiente para resolver la cuestión analizada, pues para ello es necesario precisar si tal cierre es absoluto o relativo, es decir, si cierra el acceso registral a todo asiento posterior a la fecha de la anotación, cualquiera que sea el título que lo produzca, o solamente lo cierra a los asientos que sean producidos por actos dispositivos del titular realizados con posterioridad a la anotación.

¹⁰² RRDGRN de 28 de septiembre de 1926, 30 de enero de 1931 y 8 de mayo de 1943.

B) *Posición de la doctrina*

Sobre esta cuestión la DGRN había tendido, no sin vacilaciones, con base en la jurisprudencia del TS antes citada, a una interpretación que no extendía el efecto impediendo de la inscripción derivado de la anotación de prohibición de disponer a los actos anteriores a la propia anotación¹⁰³.

Para una parte de la doctrina¹⁰⁴ resulta con suficiente claridad de una interpretación *a sensu contrario* del propio art. 145, en cuanto impide el acceso registral de los actos dispositivos posteriores que no impide los realizados con anterioridad, y puesto que esto se daba por sobreentendido, el precepto reglamentario sólo añadió la norma que salva del cierre a los actos dispositivos derivados o que se apoyen en asientos registrales anteriores a la anotación. Además, en caso de que se optase por la solución contraria, esto es, por el cierre del Registro también para los actos anteriores, se resentiría el principio de concordancia del Registro con la realidad jurídica extrarregistral, pues provocaría una discordancia entre aquél y ésta, efecto que tan sólo podría eludirse mediante el levantamiento de la medida cautelar, dejándola ineficaz frente a posibles eventualidades futuras que pudieran acaecer durante la sustanciación del procedimiento, como la de la anulación del título o la readquisición de la finca o derecho por parte del demandado en el procedimiento principal. Por ello, esta interpretación provoca un conflicto de intereses en que la satisfacción de uno requiere el sacrificio pleno del otro: o se mantiene la anotación, con exclusión del Registro de una titularidad civilmente válida, o se cancela la anotación, con anulación de sus efectos potenciales en caso de readquisición por el demandado.

¹⁰³ Si bien no sin alguna excepción impuesta por las particularidades del caso concreto resuelto. En este sentido, en la doctrina de la DGRN cabe reseñar, entre las excepciones a la referida doctrina dominante, la representada por la RDGRN de 8 de mayo de 1943. Esta resolución concedió virtualidad a la anotación para impedir la inscripción de una enajenación realizada en escritura de fecha anterior a la de la anotación. Pero, como fue señalado con acierto por la doctrina de la época, el caso concreto resuelto presentaba una particularidad que, al menos en parte, puede explicar la singularidad de esta resolución, pues la enajenación cuestionada la realizaba un albacea y la anotación había sido decretada en juicio instado por los herederos precisamente para la remoción de tal albacea. Pero, en todo caso, se trata de una resolución anterior a la reforma del RH que introdujo el trascrito art. 145, precepto que ha sido objeto de interpretaciones antitéticas.

¹⁰⁴ R. M. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Dinámica registral*, t. VI, 8.ª ed., Barcelona, Bosch, 1997, p. 475, y R. RICA Y ARENAL, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, Imprenta P. Madrueño, 1949, pp. 121 y ss.

Sin embargo, para otra parte de la doctrina¹⁰⁵, tratándose de medidas cautelares adoptadas en procedimientos judiciales, aunque sean objeto de anotación y no de inscripción, la solución debe ser la misma que la establecida para el caso de las prohibiciones de disponer de origen voluntario. Esto es, debe impedirse el acceso al Registro de todo tipo de actos de disposición, sean de fecha anterior o posterior a la anotación¹⁰⁶. En esto se diferencian claramente las anotaciones de prohibición de disponer de las anotaciones de embargo o de demanda que no cierran el Registro a títulos anteriores¹⁰⁷. La única excepción que admite el RH (art. 145) es que las anotaciones preventivas de prohibición de disponer no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de anotación. Este precepto está referido a las ejecuciones derivadas de asientos anteriores¹⁰⁸, que lógicamente no van a paralizarse por la existencia de una anotación posterior de una prohibición de disponer. No puede olvidarse que el principio de libertad de tráfico exige que las restricciones legítimamente impuestas sean interpretadas de forma restrictiva sin menoscabo de los intereses que las justifican. Se han de compatibilizar el reconocimiento expreso por el ordenamiento jurídico de la validez de las prohibiciones de disponer fijadas por la normativa examinada y el principio de la responsabilidad patrimonial universal que establece el art. 1.911 CC, que proclama, como principio básico de la organización jurídica vigente, que no es la persona del deudor la que debe suministrar la adecuada compensación al acreedor insatisfecho, sino sus bienes, todos ellos, tanto los que actualmente le pertenezcan como los que en lo sucesivo pueda adquirir. Y esta responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía a priori. Función que quedaría eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer. Hay que recordar que la subasta judicial en el ámbito de los procesos de ejecución pertenece al campo del Derecho procesal y no al del Derecho privado, ya que la subasta judicial es un acto procesal de ejecución consistente en una declaración de voluntad del órgano judicial, transmitiendo coactivamente al rematante o adjudicataria-

¹⁰⁵ J. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, vol. III, *Derechos reales, Derecho hipotecario*, Barcelona, Bosch, 1989, pp. 562-563.

¹⁰⁶ Criterio que ya sostuvo la RDGRN de 8 de mayo de 1943.

¹⁰⁷ Arts. 145 y 198.4 RH.

¹⁰⁸ Conforme a la RDGRN de 13 de abril de 2012, las prohibiciones de disponer no impiden la ejecución hipotecaria.

rio, en virtud de su potestad jurisdiccional, determinados bienes afectos a la ejecución.

En definitiva, el art. 145 RH concreta el principio de prioridad respecto de la anotación de prohibición de disponer, diferenciando distintos tipos de actos:

- Actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación hubiera realizado con posterioridad a ésta su titular. Se predica respecto de ellos la imposibilidad de acceso al Registro.
- Actos dispositivos que se basen en asientos vigentes anteriores al del dominio o derecho real objeto de la anotación, tanto si tales actos dispositivos son anteriores como si son posteriores a la anotación. Estos actos, precisamente por aplicación del principio de prioridad junto con el de tracto sucesivo, sí deben inscribirse.
- Actos dispositivos anteriores a la prohibición de disponer que se presenten vigente ésta, los cuales, precisamente por ser obviados en el precepto, considera esta parte de la doctrina deben regirse por la regla general del art. 17 LH, no siendo aplicable el régimen del art. 71 de la misma Ley, por lo que no podrían acceder al Registro.

C) *Criterios de la DGRN*

Con objeto de resolver esta polémica interpretativa resulta conveniente subrayar que la eficacia propia de esta modalidad de anotación de prohibición de disponer representa una excepción patente a la regla general contenida en el art. 71 LH, según el cual los bienes o derechos anotados podrán ser enajenados o gravados, aunque sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación, precepto que modaliza en sede de anotaciones, como regla general, la aplicación del principio de prioridad del art. 17 LH en el sentido de que no se aplica este principio en su eficacia absoluta o de cierre registral o exclusión, pero sin enervar por ello su eficacia de prelación o de ordenación del rango registral, como después veremos.

Ahora bien, las características y tipicidad propias de las anotaciones de prohibición de enajenar impiden la aplicación a las mismas de la regla general del art. 71 LH, pues de otro modo decaería por completo la finalidad a que tienden, excepción que con claridad formula el art. 145 RH

para los actos dispositivos posteriores a la anotación. Constituye éste, pues, una excepción a la norma general en materia de anotaciones que la confirma para los casos no incluidos en la excepción con arreglo al clásico apotegma *exceptio confirmat regulam in casibus no exceptis*. Siendo así que en la excepción fijada por el art. 145 RH no está comprendido el caso de los actos dispositivos anteriores a la anotación, que, como contraexcepción o excepción de la excepción, revierten a la regla general de disponibilidad o alienabilidad de los bienes y derechos anotados del art. 71 LH. Es decir, que siendo la regla general la de que los bienes y derechos anotados pueden ser enajenados o gravados, y no estando los actos dispositivos anteriores a la fecha de la anotación preventiva de prohibición de enajenar comprendida en la excepción, los mismos quedan amparados y comprendidos en el ámbito de la regla general¹⁰⁹. Este planteamiento interpretativo del art. 145 RH fue asumido por la DGRN con alguna excepción singular, como después veremos¹¹⁰.

En definitiva, los efectos de las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar son los de impedir que en el Registro de la Propiedad puedan inscribirse o anotarse actos dispositivos *inter vivos* de la propia finca o derecho objeto de aquella anotación cuando se han otorgado con posterioridad a tal anotación por su titular, pero sin constituir obstáculo para la

¹⁰⁹ Esta situación puede, a su vez, estar sujeta a algún régimen de excepción, como sucedió hasta la reforma concursal aprobada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2003, en adelante LC), en el caso de las anotaciones de prohibición de enajenar decretadas en juicios de quiebra, en cuyo caso su energía para cerrar el Registro era mucho más potente que en los demás supuestos, dado que, como ya dijera la RDGRN de 7 de junio de 1920, se producía el cierre del Registro para los actos del quebrado posteriores no sólo a la declaración de la quiebra, sino al tiempo a que alcance la retroactividad de la misma. Pero, de nuevo, la excepción confirma la regla general de los casos no exceptuados: en ausencia de retroacción sustantiva de la prohibición de disponer para el caso concreto impuesta por el Ministerio de alguna norma que por lo excepcional ha de ser expresa y clara en cuanto al mandato de retroactividad, el cierre registral no alcanza a los actos anteriores a la prohibición.

¹¹⁰ Así, por ejemplo, en la RDGRN de 7 de febrero de 1959, apoyada en los precedentes de las de 30 de septiembre de 1926 y 7 de enero de 1928, anteriores a la reforma de 1947, y de 31 de marzo de 1950 y 22 de octubre de 1952, ya posteriores a dicha reforma, se afirma que «la anotación de prohibición de enajenar establecida en los arts. 26 y 42 LH tiene por objeto asegurar las resultas de un juicio y determina para el dueño de los bienes un verdadero cierre de los libros del Registro mientras duran sus efectos, al privar al titular de realizar actos dispositivos, pero no impide, conforme se deduce del art. 44 LH y de reiterada doctrina de este centro, cristalizada en el art. 145 RH vigente, que puedan tener acceso aquellas transferencias o gravámenes constituidos con anterioridad a la anotación, todo ello sin perjuicio de la facultad que asista a los interesados, conforme a lo dispuesto por el art. 66 LH, para acudir a los Tribunales de Justicia y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos».

inscripción o anotación de tales actos dispositivos cuando éstos se hayan otorgado con anterioridad. Es cierto que la redacción del art. 145 RH no incorpora *expressis verbis* la segunda parte de la proposición anterior, lo que ha provocado algunas dudas en su interpretación, pero, como ha señalado la DGRN, el no cierre del Registro a los actos dispositivos anteriores a la anotación resulta de una interpretación *a sensu contrario* del propio art. 145, en cuanto impide el acceso registral de los actos dispositivos posteriores, lo que presupone que no impide los realizados con anterioridad, y, como se ha dicho, puesto que esto se daba por sobreentendido, el precepto reglamentario sólo añadió la norma que salva del cierre a los actos dispositivos derivados o que se apoyen en asientos registrales anteriores a la anotación¹¹¹. De otro modo carecería de lógica que el art. 145 RH se ocupara de fijar la regla del cierre para los casos en que la justificación de tal efecto era más evidente —actos civilmente nulos— y no para los casos en que falta tal justificación por tratarse de actos civilmente válidos, siendo así que la finalidad declarada del precepto fue la de clarificar los efectos de las anotaciones preventivas de prohibición de disponer¹¹².

Pero, como se ha indicado, la posición anteriormente expuesta no ha sido unívoca, sino que en algunas ocasiones la DGRN se ha decantado por una tesis distinta. Éste fue el caso de la ya citada Resolución de 8 de mayo de 1943 y también de la más reciente de 28 de noviembre de 2008 que, aun reconociendo que, desde un punto de vista sustantivo, la prohibición de disponer no excluye la validez de las enajenaciones que se efectuaron con anterioridad al asiento registral de la prohibición de disponer, sin embargo, consideró que el principio de prioridad a que se refiere el art. 17 LH, que impide despachar ningún título de fecha igual o anterior que se oponga o sea incompatible a otro inscrito, es aplicable también a las medidas cautelares adoptadas en procedimientos judiciales, aunque

¹¹¹ Por ejemplo, en una inscripción de hipoteca, de retracto convencional, de opción de compra o en una anotación preventiva de embargo, etc.

¹¹² Véase preámbulo del RH. La RDGRN de 18 de abril de 2005 se pronuncia en el mismo sentido declarando que «el efecto de cierre registral viene claramente determinado por el tenor del art. 145 del Reglamento Hipotecario, que lo restringe a los actos dispositivos que se hayan realizado con posterioridad a la práctica de la misma anotación; no respecto de los anteriores. Algo, por lo demás, plenamente consecuente con la naturaleza instrumental de la anotación preventiva que despliega sus efectos frente a terceros —no se olvide— como enervante de la fe pública del Registro. Por consiguiente, no teniendo reflejo tabular dicha anotación preventiva (siquiera en el libro diario) al tiempo del otorgamiento de la escritura de venta, sino tiempo después, aquélla no puede provocar el cierre registral respecto de dicho título, por lo que, en este concreto apartado, la nota de calificación debe de ser revocada».

sean objeto de anotación y no de inscripción, de forma que la anotación preventiva de prohibición de disponer impediría el acceso al Registro de todo tipo de actos de disposición, sean de fecha anterior o posterior a la anotación. Alguna otra Resolución, como la de 23 de junio de 2003, se queda en una posición indefinida o intermedia al dejar sin «prejuzgar sobre el alcance de la anotación de prohibición de disponer inscrita ante un título que cuando se presentó era inscribible [...] y que ahora se encuentra con otro contradictorio que está bajo la salvaguardia de los tribunales», aunque se trataba de un caso en que además de la prohibición de disponer había otra de prohibición de inscribir. A favor de esta tesis se encuentran los siguientes argumentos:

- La propia falta de claridad en la redacción del art. 145 RH, que al no referirse expresamente a los actos dispositivos anteriores, sino sólo a los basados en asientos vigentes anteriores al dominio o derecho real objeto de la anotación, podría entenderse en el sentido de impedir su inscripción por aplicación del citado principio de prioridad.
- El hecho de que si bien el art. 44 LH incluye también las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar entre las que atribuyen a su titular la preferencia para el cobro de su crédito establecida en el art. 1.923 CC, esto es sólo en cuanto a créditos posteriores; sin embargo, se produce la incongruencia de que este último precepto no se refiere expresamente a dichas anotaciones de prohibición.
- La posición doctrinal que defiende la nulidad del acto dispositivo posterior a la prohibición desde que ha sido decretada, aun antes de tomada su anotación preventiva en el Registro.
- El juego del principio de prioridad, que supone el que la inscripción en nuestro sistema registral, si bien no es constitutiva como regla general, sino declarativa, premia al que acude con rapidez al Registro, por lo que, aunque los bienes inmuebles o derechos reales anotados pueden ser enajenados o gravados, ello se admite «sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación»¹¹³.

No obstante, es lo cierto que, sobre quedar circunscrito el ámbito del principio de prioridad, en su vertiente de cierre o exclusión, a los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos

¹¹³ Art. 71 LH.

reales impuestos sobre los mismos, las anotaciones preventivas quedan sometidas al régimen propio del art. 71 LH, que precisamente proscribe o excluye como regla general aquel efecto de cierre absoluto, si bien, por el contrario, no se excluye en su vertiente de prelación u ordenación del rango registral. Ello determina que la DGRN acoja una solución ecléctica, en el sentido de que, por un lado, se entiende que, en la medida en que el art. 145 RH impide el acceso registral de los actos dispositivo realizados posteriormente, salvo los que traen causa de asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación, ello presupone, *a sensu contrario*, que no impide los realizados con anterioridad. Conclusión que resulta también, como se ha indicado, de la aplicación de la regla general que para las anotaciones dicta el art. 71 LH. Sin embargo, por otro lado, se estima que tal inscripción no ha de comportar la cancelación de la propia anotación preventiva de prohibición, sino que ésta se arrastrará.

Esta solución guarda concordancia armónica con otras disposiciones, como la del art. 40.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2003) (en adelante LC), que prevé la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales en los casos de concurso necesario, sin que ello impida el acceso registral de los actos realizados por el concursado con anterioridad¹¹⁴. Criterio que, por tanto, viene a coincidir con el del art. 145 RH para los casos de anotaciones preventivas de prohibiciones de disponer¹¹⁵. Pero esta admisión de la inscripción del título previo se combina

¹¹⁴ Arts. 24 y 43.2.

¹¹⁵ Así lo ha entendido la RDGRN de 3 de junio de 2009 en un supuesto en el que se debatía la posibilidad de inscribir una escritura de compraventa autorizada antes de la declaración de concurso de acreedores de la sociedad vendedora y presentada en el Registro de la Propiedad cuando dicha declaración concursal ya había sido inscrita; debate que resolvió en sentido afirmativo argumentando que «el hecho de que, como ocurre en el presente caso, la declaración de concurso de acreedores comporte la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 40.2 LC), y se hayan anotado preventivamente en el folio correspondiente a los bienes que hayan de integrarse en el concurso tanto la referida declaración como la suspensión de las facultades de disposición y el nombramiento de los administradores concursales, no significa que dicha anotación impida la inscripción de los actos de enajenación otorgados, con anterioridad a la declaración de concurso, por el deudor —titular registral—. En efecto, la referida anotación preventiva relativa al concurso implica únicamente que “no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del art. 55 de esta Ley” (art. 24.4 LC). Asimismo se produce el cierre registral respecto de los actos dispositivo que, con posterioridad a la declaración de concurso, reali-

con la idea del arrastre de la carga de la anotación por aplicación del principio de prioridad registral, de modo que será al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de la defensa de su dominio y la postulación del levantamiento de la medida cautelar.

D) *Análisis desde la perspectiva de su naturaleza jurídica*

Si se analiza el presente tema desde la perspectiva de la naturaleza jurídica propia de la medida cautelar en que consiste la anotación preventiva de prohibición de disponer y de las normas procesales que las rigen se llega a la misma conclusión.

Las medidas cautelares constituyen medios jurídico-procesales cuya finalidad es evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, siendo dos de sus principales notas caracterizadoras, según reiterada jurisprudencia¹¹⁶, por un lado, la instrumentalidad, en cuanto son instrumento del proceso principal declarativo o ejecutivo o de otra índole al que están subordinados, y, por otro, la temporalidad, consecuencia de su carácter instrumental del proceso principal, pues nacen con él para extinguirse una vez desaparezca éste, sin que pueda proyectarse retrospectivamente a un momento previo al inicio del propio proceso principal, salvo declaración expresa legal de retroactividad. La nota de la accesoriedad o instrumentalidad respecto del proceso principal se pone de manifiesto en la regla 1.^a del núm. 1 del art. 726 LEC, al imponer un requisito de finalidad consistente en «ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que

ce el deudor con infracción de la limitación consistente en la suspensión de sus facultades de disposición y en la consiguiente sustitución del mismo por los administradores concursales (cfr. el art. 40.7 LC, que sólo admite la inscripción de tales actos anulables cuando sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme). Pero ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos de enajenación realizados por el deudor antes de la declaración del concurso sin necesidad de intervención alguna del juez del concurso ni de los administradores del mismo, toda vez que tales bienes no se integran en la masa del concurso —cfr. art. 76 LC—, y sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de las acciones de rescisión de tales actos cuando el deudor los hubiera realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (art. 71 LC)».

¹¹⁶ AAP Zamora, Sec. 1.^a, de 26 de octubre de 2009 (ROJ: AAP ZA 197/2009; MP: Andrés Manuel Encinas Bernardo); AAP Badajoz, Sec. 3.^a, de 14 de julio de 2009 (ROJ: AAP BA 271/2009; MP: Jesús Souto Herreros), y AAP Madrid, Sec. 7.^a, de 18 de septiembre de 2008 (ROJ: AAP M 18056/2008; MP: Carlos Águeda Herreras), entre otras muchas.

podiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria», lo que excluye como sujeto pasivo de cualquier medida cautelar a aquellas personas ajenas al procedimiento y carentes de legitimación pasiva en el mismo, pues la interdicción de eficacia ultra partes de los procedimientos judiciales y la eficacia subjetivamente limitada de la cosa juzgada material¹¹⁷ es consecuencia de la propia interdicción de la indefensión. Interdicción que se extiende también al ámbito de las medidas cautelares, de forma que no puede pretenderse una eficacia ultra partes de la medida cautelar, como sucedería en el caso de que el cierre registral derivado de la prohibición de disponer se proyectase sobre actos dispositivos anteriores en los que el adquirente resulta ajeno al proceso.

Por otra parte, las medidas cautelares tienden a evitar el peligro de la mora porque los litigantes que durante el proceso conservan su capacidad de actuar y libre disposición de sus bienes pueden eludir la virtualidad de la responsabilidad patrimonial universal, que es la garantía del cumplimiento de sus obligaciones, haciendo ilusorios los derechos reclamados por el actor. En este sentido, las anotaciones preventivas de prohibición de disponer son una garantía adicional a la acción de rescisión que el acreedor puede ejercitar contra el deudor por la realización de actos dispositivos sobre cosas litigiosas sin el conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente¹¹⁸, y más en concreto, por las enajenaciones a título oneroso realizadas por el deudor contra el que se hubiese pronunciado sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes¹¹⁹. Conforme ya expusimos, estas prohibiciones anotadas en el Registro tutelan los intereses del acreedor con eficacia superior a la propia de la acción de rescisión, ya que se desenvuelven en el ámbito de la protección preventiva al cerrar el Registro a los eventuales actos rescindibles, en tanto que la acción rescisoria actúa *ex post* y con una finalidad meramente reparadora o de restitución, finalidad que sólo se podrá alcanzar en caso de que se cumplan los requisitos del art. 37, núm. 4, LH. Pero en los supuestos citados, tanto en un caso como en el otro, prohibición y rescisión, ha de tratarse de bienes o derechos que salen del patrimonio del demandado durante la pendencia del procedimiento y no antes.

Además, las medidas cautelares enumeradas en el art. 727 LEC son una enunciación no exhaustiva de las posibles, pues éstas no constituyen

¹¹⁷ Limitada a las partes del proceso y a sus herederos y causahabientes *ex art.* 222, núm. 3, LEC.

¹¹⁸ Art. 1.291.4.º CC.

¹¹⁹ Art. 1.297.II CC.

un supuesto de *numerus clausus*, antes al contrario. Por ello, junto con las medidas específicas enumeradas en los diez apartados de dicho precepto, hay otras innominadas sujetas en su admisibilidad exclusivamente al cumplimiento de los requisitos del art. 726 LEC. Y entre éstas, también como supuesto subsumible en el núm. 6 del art. 727 relativo a «otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución», pueden incluirse la de la prohibición de inscribir, pues no es lo mismo prohibir disponer que prohibir inscribir, en cuyo último caso es claro que la consecuencia será el del cierre del Registro también para los actos dispositivos anteriores a la anotación¹²⁰.

Tal solución permite compatibilizar todos los intereses en juego sin lesionar indebidamente ninguno, permitiendo el acceso al Registro del título rezagado, pero sin cancelación de oficio por el registrador del asiento de la anotación prohibitiva, pues, como se ha indicado, de un lado, la inscripción posterior del título anterior no priva de toda su eficacia potencial a la anotación y, de otro, sólo al juez corresponde acordar la cancelación de tal asiento, conforme a lo previsto en el art. 83 LH, a la vista de las circunstancias del caso.

En consecuencia, el registrador al inscribir el título que documenta el acto dispositivo de fecha anterior a la anotación de prohibición de disponer no deberá cancelar de oficio esta última, sino arrastrar la carga, de forma que por aplicación de lo establecido en el art. 17 LH, en cuanto consagra el principio de prioridad también en su variante relativa o de función prelativa y de rango registral, será al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de solicitar el levantamiento de dicha medida cautelar del propio juez que la mandó hacer¹²¹ en los términos previstos por la Ley para el alzamiento de las medidas cautelares¹²², de forma similar a como acontece, sin perjuicio de sus diferencias, en el caso de las anotaciones de embargo a través de las tercerías de dominio, en la medida en que ésta no se concibe como un proceso ordinario definitorio del dominio y con el efecto secundario del alzamiento del embargo, sino como un incidente encaaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafección o

¹²⁰ Éste fue el caso, por ejemplo, contemplado en la RDGRN de 23 de junio de 2003. Y es que del mismo modo que no se puede prohibir un hecho o acto pretérito, tampoco se puede restringir un derecho ya inexistente en el patrimonio de la persona contra la que se dirige la restricción.

¹²¹ Art. 84 LH.

¹²² Art. 726.2 LEC.

no de la medida cautelar¹²³. Con ello se logra un equilibrio de los intereses concurrentes que tiende a compatibilizarlos, en la medida en que tal compatibilidad es posible: la titularidad civil válida accede al Registro y la anotación de prohibición se mantiene, salvo que el adquirente obtenga resolución judicial favorable a su levantamiento, lo cual dependerá de la apreciación que realice el órgano judicial, en conexión con el principio de tutela judicial efectiva y de la posibilidad o no de la obtención de una eventual sentencia estimatoria en el proceso principal, en función de las concretas circunstancias del caso¹²⁴.

2. Modificación de actos jurídicos inscritos

Resulta cuestión controvertida la posibilidad de efectuar la novación de un acto jurídico inscrito en el Registro de la Propiedad en relación con una finca sobre la cual con posterioridad se ha anotado una prohibición de disponer acordada judicialmente en un proceso penal. Así, a modo de ejemplo, una modificación de hipoteca que suponga una alteración de las cuotas pactadas como consecuencia del establecimiento de un periodo de carencia. Siguiendo la doctrina de la DGRN¹²⁵ debe entenderse que no es posible dicha novación en base a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, porque si bien es cierto que la novación modificativa no implica una alteración del rango del derecho real inscrito, la hipoteca, no lo es menos que el derecho inscrito se modifica en términos que afectan a su eficacia, pues, como dice el art. 130 LH, «el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo». No puede confundirse la declaración legal de inalterabilidad del rango cuan-

¹²³ Art. 595 y Exposición de Motivos de la LEC, art. 175 RH y RRDGRN de 23 de marzo de 1993 y 5 de mayo de 1993. Ésta es la solución que acogió también la RDGRN de 3 de junio de 2009 en el caso de la venta realizada antes de la declaración de concurso de acreedores de la sociedad vendedora y de su anotación preventiva, con el que guarda indudable analogía la cuestión examinada, en la medida en que ambas anotaciones, la de declaración del concurso y la de prohibición de disponer, producen un efecto de suspensión o restricción de las facultades de disposición sobre los bienes anotados de su titular.

¹²⁴ Art. 726.1 LEC.

¹²⁵ RRDGRN de 18 de enero de 1963, 28 de junio de 2006, 8 de julio de 2010, 3 de agosto de 2011 y 9 de junio de 2012. Asimismo, SSTS, Sala 1.ª, de 27 de enero de 2000 (ROJ: STS 490/2000; MP: Alfonso Villagómez Rodil), y de 23 de septiembre de 2011 (ROJ: STS 6616/2011; MP: Antonio Salas Carceller).

do se modifica el contenido de un derecho real de hipoteca¹²⁶ con los efectos derivados de la anotación de prohibición de disponer derivada de un procedimiento judicial.

En segundo lugar, porque la anotación derivada de un procedimiento criminal que consta en el Registro implica, de principio, el cierre registral para cualquier acto posterior llevado a cabo por el titular registral en la medida que implica una alteración del contenido del Registro. Con independencia de si la modificación de una inscripción de hipoteca anterior implica o no un acto dispositivo *estricto sensu*, lo cierto es que la decisión del órgano judicial decretando una prohibición de disponer revela la voluntad de que no se altere ni la titularidad dominical (enajenación) ni el contenido de su derecho (gravamen).

En tercer lugar, porque, como se desprende de la regulación legal (art. 726.1 LEC) y de la doctrina de la DGRN¹²⁷, las medidas cautelares son medios jurídico-procesales que tienen por finalidad garantizar la satisfacción de la pretensión del actor y, en consecuencia, tienen un nítido carácter instrumental en cuanto se subordinan al proceso de que forman parte. En consecuencia, la determinación de si un acto posterior del titular afecta o no a esa finalidad, y, por tanto, si es admisible o no, corresponde llevarla a cabo a quien tiene atribuida la competencia para la adopción de la cautela y para su modificación, al órgano judicial en suma.

En cuarto y último lugar, porque la anotación de tal novación precisa llevar a cabo un juicio sobre la finalidad de la actuación del titular registral y sobre la eficacia del proceso que escapan de la competencia del registrador y que, como hemos indicado anteriormente, corresponde valorar al órgano judicial que decretó la prohibición de disponer.

3. Imputado no titular registral

La anotación preventiva contra una persona que no es el titular registral atenta, *prima facie*, no sólo contra el principio constitucional de protección de los derechos e intereses legítimos y de interdicción de la indefensión que impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte de él ni han intervenido de manera alguna, sino también

¹²⁶ Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (BOE, núm. 80, de 4 de abril de 1994).

¹²⁷ RRDGRN de 8 de julio de 2010 y 3 de agosto de 2011.

contra el principio de tracto sucesivo recogido en el art. 20 LH, manifestación del principio constitucional de tutela judicial efectiva sancionado en el art. 24 CE. De hecho, el art. 100 RH impide practicar asientos que comprometan una titularidad registral si no consta que el titular de un derecho inscrito ha sido parte en el procedimiento correspondiente. En este sentido no son escasas las resoluciones de la DGRN¹²⁸ en las que se relaciona el art. 20 LH con el art. 24 CE, esto es, con la tutela judicial efectiva, lo que, unido al principio de salvaguarda judicial de los asientos registrales sancionado en el art. 1 LH y al sustantivo principio registral de legitimación formulado principalmente en el art. 38 LH, imposibilita el menoscabo de la situación registral de los que aparecen como titulares en el Registro.

Como consecuencia directa de la presunción legitimadora del art. 38 LH debe traerse a colación, inexcusablemente, el art. 20 LH, que recoge el principio de tracto sucesivo, al exigir una perfecta identidad entre la persona contra la que se dirige el acto inscribible y la que aparezca como titular registral. Precepto que se refiere no sólo a los títulos que procedan directa o forzosamente del titular registral, sino también a los que emanan de órganos judiciales y administrativos. En virtud de este principio se exige la designación precisa, separada y, en cierto modo, solemne de las personas que sucesivamente adquieran una finca o derecho, tanto para poner de relieve el encadenamiento de los titulares como para condensar el historial de los inmuebles. Este principio exige, en su aspecto subjetivo, una perfecta identidad entre el que otorgue un título inscribible y el titular registral, de manera que si entre las circunstancias personales de la persona contra la que se dirige el acto inscribible y la que aparezca como titular registral existe una discrepancia, procede denegar la inscripción del acto o contrato sujeto a calificación registral en aplicación del citado art. 20 LH.

Al objeto de comprobar la existencia de estas discrepancias recae sobre el registrador la obligación de calificar bajo su responsabilidad la identidad de la persona física o jurídica contra la que se otorgue el acto y la que aparece como titular según los asientos del Registro¹²⁹. Consecuentemente, habi-

¹²⁸ RRDGRN de 3 de septiembre de 2002, 5 de mayo de 2012, 8 de septiembre de 2011, 23 de noviembre de 2009, 17 de marzo de 2005 y 12 de diciembre de 1997, entre otras.

¹²⁹ En concreto, el apartado 4 del art. 9 LH exige al registrador, bajo la sanción de nulidad del art. 30 LH, que exprese en toda inscripción la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga. Y, por su parte, el apartado 9 del art. 51 RH establece que la persona natural a cuyo favor se practique la inscripción y aquella de quien procedan los bienes y derechos que se inscriban se determinarán expresando su nombre y apellidos, estado civil y lugar de que sea vecino, así como su mayoría de edad o el número de años si no hubiera alcanzado aquélla, haciendo constar, asimismo, la profesión, domicilio y número del documento nacio-

da cuenta de que las sociedades, una vez inscritas en el Registro Mercantil, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios que la forman, no podría, en principio, inscribirse en el Registro de la Propiedad la prohibición de disponer sobre los bienes inmuebles de una sociedad cuando se hubieran embargado a un socio acciones o participaciones de aquélla, aunque éste ejerciera el control sobre la sociedad titular de los inmuebles en cuestión, puesto que ello contravendría el principio de tracto sucesivo recogido en el art. 20 LH, por ser el titular registral una persona distinta de la persona contra la que se ha seguido el procedimiento.

No obstante, nuestra legislación contempla, como excepción al principio de tracto sucesivo, la posibilidad de que se anoten medidas cautelares aunque el titular registral no sea la persona contra la que se ha dirigido el procedimiento. En este sentido el párrafo séptimo¹³⁰ del art. 20 LH establece que «no podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular registral de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento». Este párrafo constriñe su efectividad únicamente a los mandamientos¹³¹ que, ordenando la anotación preventiva de embargo preventivo o anotación preventiva de prohibición de disponer, hayan sido adoptados en el seno de un procedimiento penal. Además,

nal de identidad. Si el adquirente fuera casado, viudo o separado legalmente y el acto o contrato que se inscriba afectare los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, se hará constar el nombre y apellidos del otro cónyuge. También se hará constar, en su caso, la nacionalidad y vecindad civil si se acredita o manifiesta. Tratándose de personas jurídicas se expresará su clase, denominación y domicilio; el hecho de su inscripción en el Registro correspondiente, en su caso, y las circunstancias de las personas que por ellas intervengan en el acto o contrato.

¹³⁰ Introducido por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, núm. 283, de 26 de noviembre de 2003).

¹³¹ Afirma V. DOMÍNGUEZ CALATAYUD, «Comentario de urgencia sobre la disposición final tercera de la Ley Orgánica 5/2003, de 25 de noviembre, que adiciona un párrafo, el séptimo, al art. 20 de la Ley Hipotecaria», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 101, 2004, p. 667: «El párrafo 7 del art. 20 LH adolece de una incorrecta dicción, pues las anotaciones preventivas no se toman en el seno de los procedimientos judiciales, sean de la clase que sean, sino en el Registro de la Propiedad, que es donde se practican los correspondientes asientos como consecuencia de mandamientos librados al efecto por los secretarios judiciales, incorporando el oportuno auto (ex art. 589.1 LECrim.)».

la DGRN¹³² ha venido exigiendo el cumplimiento puntual de los requisitos establecidos en este párrafo 7 del art. 20 LH.

En virtud de este precepto se posibilita el acceso al Registro de los embargos preventivos y prohibiciones de disponer sobre bienes de personas cuya titularidad resulta sólo aparente¹³³, facilitándose así la anotación preventiva en los supuestos de falta de tracto por aportación o transmisión de los bienes a sociedades interpuestas o testaferros. Pero su efectividad exige un doble requisito: de un lado, que se trate de procedimientos criminales y, de otro, que a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento. En estos casos, en realidad, el titular registral no tiene la consideración de tercero ajeno al procedimiento, ya que esta condición de tercero es sólo aparente, pues su titularidad registral es una mera ficción instrumental al servicio del imputado, existiendo una coincidencia de intereses que justifica la adopción de la medida cautelar contra estos bienes.

En los casos de utilización de sociedades intermedias el embargo de las acciones y participaciones y la prohibición de disponer se presentan como dos medidas cautelares complementarias y de necesaria adopción conjunta si se desea evitar de manera eficaz la operación fraudulenta de vaciamiento patrimonial, recayendo la primera sobre el imputado y la segunda sobre la sociedad instrumental. Con el embargo de las acciones o participaciones al imputado se pretende evitar que éste pueda transmitir dichas acciones o participaciones, normalmente a personas de su entorno y con las que existe vinculación (máxime si se tiene en cuenta que en determinadas ocasiones estaremos ante una sociedad de mera tenencia de bienes en la que el imputado será o bien el único socio o bien el socio mayoritario), o bien de realizar otro tipo de operaciones como una ampliación de capital con renuncia al derecho de suscripción de nuevas acciones, con el fin de crear la apariencia jurídica de que su capacidad de disponer sobre los inmuebles es inexistente o muy reducida. Por otro lado, la prohibición de disponer de los inmuebles se presenta como el complemento lógico de la medida

¹³² RDGRN de 14 de febrero de 2008 y 11 de febrero de 2012.

¹³³ AAP Las Palmas, Sec. 2.ª, de 8 de abril de 2009 (ROJ: AAP GC 451/2009; MP: Miquel Àngel Parramon i Bregolat): «Hay evidencias consistentes sobre que la propiedad de la finca embargada puede corresponder no al que figura como titular registral, sino al imputado recurrente, que es al efecto administrador único de aquella entidad desde su constitución y titular de la mayoría de las participaciones sociales, desprendiéndose además de lo actuado que la mercantil es presuntamente utilizada por el imputado para realizar una serie de operaciones inmobiliarias sin que conste su nombre».

anterior, evitando que la sociedad enajene los bienes inmuebles a un tercero que, normalmente cuando se trate de operaciones fraudulentas, será un tercero vinculado con el deudor y la sociedad interpuesta. Una estrategia de lucha contra el fraude coherente y homogénea exige la adopción conjunta de estas dos medidas cautelares, pues en caso contrario se corre el riesgo de asistir a un doble vaciamiento patrimonial. Uno primero constituido por la traslación formal de la titularidad de los bienes inmuebles del imputado a la sociedad, y un segundo vaciamiento patrimonial consistente en trasladar la titularidad de los mismos bienes inmuebles de la sociedad a un tercero que, como hemos apuntado, será en la mayoría de casos un sujeto que mantenga vinculación tanto con la sociedad como con el imputado.

No obstante, este precepto debe ser de interpretación muy estricta; su razón de ser se halla en la posibilidad de que el titular registral sea algo artificioso y deliberadamente enmarañado, por lo que, de hecho, se hace imposible que sea parte en el procedimiento. Por tanto, si el titular registral pudiera encontrarse relacionado con la actividad delictiva objeto de investigación no se estaría cumpliendo la previsión del art. 20 LH, pues no es que se suponga que dicho titular sea un testaferro del imputado en el proceso penal, sino que es directamente un presunto delincuente, y, por consiguiente, lo que procedería es ampliar contra éste el procedimiento penal y adoptar frente a él la medida cautelar en cuestión. Con ello se pretende coordinar la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva¹³⁴.

4. Embargo posterior

Se plantea si es posible decretar el embargo de bienes sobre los que pesa una prohibición de disponer acordada judicialmente. Históricamente ha sido de dudosa resolución el problema, y así puede verse en la doctrina, en cierto modo cambiante, mantenida por la DGRN. Sin embargo, dicho centro directivo parece inclinarse por la conclusión de que la prohibición de disponer sólo impide las enajenaciones voluntarias del titular registral¹³⁵.

¹³⁴ AAP Almería, Sec. 1.ª, de 20 de octubre de 2008 (ROJ: AAP AL 760/2008; MP: Rafael García Laraña).

¹³⁵ En este sentido la RDGRN de 13 de abril de 2012 afirma que: «La responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía a priori, en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por

La prohibición de disponer, conforme señala el propio art. 145 RH, se extiende sólo a los actos dispositivos voluntarios de su titular y no impide la anotación de un embargo¹³⁶, que no es acto voluntario, sino de ejecución forzosa, con independencia que la anotación de prohibición siempre tendría la consideración de carga previa al embargo. Ello conforme a los siguientes razonamientos:

- La admisibilidad de enajenación forzosa derivada de procedimiento de ejecución, aún vigente prohibición de disponer que sólo opera en las transmisiones voluntarias¹³⁷.
- La existencia de la prohibición de disponer no impide que un bien sea embargado y después transmitido en subasta pública si el deudor no cumple con el pago de la deuda. En caso de embargo y ejecución forzosa de un bien gravado con prohibición de disponer, el rematante quedará subrogado en la prohibición de disponer, es decir, la prohibición de disponer no excluye la subasta forzosa y adjudicación, pero el rematante adquirirá el bien con la carga de la prohibición anterior a la ejecución¹³⁸.
- El principio de responsabilidad patrimonial universal contenido en el art. 1.911 CC confirma la posibilidad de anotar el embargo. La responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía a priori, en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la Ley. Esta función quedaría eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer y obligaría al eventual acreedor a considerar, previamente a la concesión de su crédito, no sólo la importancia del

la Ley misma. Esta función quedaría eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer. En este sentido, hay que recordar que la subasta judicial en el ámbito de los procesos de ejecución pertenece al campo del Derecho procesal y no al del Derecho privado, toda vez que suele reputarse la subasta judicial como acto procesal de ejecución consistente en una declaración de voluntad del juez, transmitiendo coactivamente al rematante o adjudicatario, en virtud de su potestad jurisdiccional, determinados bienes afectos a la ejecución».

¹³⁶ Conforme a las RRDGRN de 30 de diciembre de 1946, 1 de diciembre de 1949 y 5 de septiembre de 1974, entre otras, la prohibición de disponer no cierra el Registro a una anotación preventiva de embargo, lo que impide es la enajenación ulterior y, por tanto, la inscripción de esta última.

¹³⁷ RDGRN de 13 de abril de 2012.

¹³⁸ RDRGN de 7 de junio de 2011.

patrimonio del deudor, sino además la concreta situación jurídica de los bienes y derechos que lo integran, con el consiguiente entorpecimiento del tráfico jurídico¹³⁹.

- La subrogación del rematante en la prohibición de disponer implica que la prohibición de disponer no excluye la subasta forzosa y adjudicación que el rematante adquiere con la carga previa. Junto a las deudas voluntariamente contraídas por el deudor están aquellas otras que derivan directamente de la titularidad del bien afecto a la prohibición, tanto las que la Ley establece por esa razón, por ejemplo, las de tipo fiscal, como las que resulten de las peculiares características de aquél, como su inclusión en un régimen de propiedad horizontal, etc.

La seguridad económica del deudor no puede mantenerse a costa de tan considerables quebrantos para la organización jurídica de la colectividad, debiendo restringirse al efecto de las prohibiciones de disponer a una pura exclusión de la facultad de disponer libre y voluntariamente del derecho en cuestión, pues aun implicando una relativa amortización contra el principio general de libre tráfico de los bienes, sólo compromete el interés particular del titular sin repercusión directa y apreciable sobre el orden público y sin que quepa estimar la alegación de que con tal interpretación resultan aquéllas fácilmente burladas e inoperantes por la vía de la simulación de deudas y de las connivencias procesales, pues las normas no deben ser interpretadas desde la exclusiva perspectiva de su eventual incumplimiento¹⁴⁰, no pueden desconocerse los remedios jurídicamente arbitrados a tal efecto¹⁴¹, ni pueden menospreciarse los intereses generales en aras de la consecución de fines particulares¹⁴².

La DGRN¹⁴³ señala que la prohibición de enajenar determinados bienes impuesta al deudor no impide el embargo encaminado a la conservación de los bienes, que no implica absoluta contradicción con la fuerza impeditiva que se atribuye a una prohibición temporal para transmitir la propiedad, y sin que ello suponga privar de efectos a la prohibición relacionada.

¹³⁹ RDGRN de 22 de febrero de 1989.

¹⁴⁰ Art. 3 CC.

¹⁴¹ Arts. 6 y 7 CC.

¹⁴² Art. 1.255 CC.

¹⁴³ RDGRN de 30 de diciembre de 1946.

5. Finca ganancial

Cuando se decreta la prohibición de disponer sobre una finca que pertenece al imputado con carácter ganancial, a priori parece necesaria la notificación de dicha medida cautelar al cónyuge del imputado por aplicación analógica de lo que ocurre con la anotación de embargo¹⁴⁴ y por aplicación de los principios de legitimación y tracto. Pero realmente los derechos del cónyuge sobre la finca no se alteran con dicha anotación. Puede seguir disfrutando de la finca, y ésta no va a ser objeto de ejecución en el procedimiento de referencia y, por tanto, no puede solicitar la disolución de la sociedad de gananciales por esta razón¹⁴⁵, e incluso puede disponer de la finca, si bien entonces el preceptivo consentimiento de su cónyuge tendrá que ser sustituido por la autorización del juez¹⁴⁶, argumentos estos que nos llevan a concluir que no es necesaria la notificación.

La prohibición de disponer es una medida de aseguramiento que impide que una persona pueda distraer bienes de su patrimonio y burlar así una eventual responsabilidad pecuniaria que pudiera hacerse efectiva sobre el mismo y que implica una limitación de una facultad que, de ordinario, corresponde a la persona. Supone una limitación de la facultad general de obrar de la persona, como cualidad de la misma, pero no afecta al bien en cuanto tal, no es una carga sobre el bien. Por ello se entiende que no resulta necesaria la notificación al cónyuge, aun tratándose de bien ganancial, como tampoco sería exigible tal notificación en el supuesto de que se inscribiera, sobre finca ganancial, una sentencia de incapacidad de uno solo de los cónyuges.

Es cierto que tal prohibición de disponer impuesta a uno solo de los cónyuges va a impedir, de hecho, la disposición del bien ganancial, dada la regla general de disposición conjunta de los bienes gananciales¹⁴⁷, pero tal situación se producirá también en el supuesto de incapacitación de uno solo de los cónyuges, en cuyo caso sólo si el otro fuera nombrado tutor o representante legal de su consorte se le transferiría por ministerio de la ley la facultad de disposición¹⁴⁸ y, además, siempre podrá salvarse tal dificultad con la pertinente autorización judicial.

¹⁴⁴ Arts. 541 LEC y 144 RH.

¹⁴⁵ Art. 1.373 CC.

¹⁴⁶ Art. 1.377 CC.

¹⁴⁷ Art. 1.375 CC.

¹⁴⁸ Art. 1.387 CC.

VII. CADUCIDAD

La Ley Hipotecaria contiene dos normas aparentemente contradictorias. En primer término, el art. 83, a cuyo tenor «las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria». En segundo lugar, el art. 86, que dispone que «las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tengan señalada en la Ley un plazo más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrá prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. La anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la anotación misma de la prórroga. Podrán practicarse sucesivas ulteriores prórrogas en los mismos términos».

En realidad no existe contradicción entre ambos preceptos, pues el primero de ellos se refiere a las pretensiones de cancelación antes de que transcurra el plazo de cuatro años, en cuyo caso sólo procede aquella mediante resolución judicial motivada, y, en todo caso, el art. 86 LH prevé la caducidad de la anotación preventiva correspondiente por el transcurso de cuatro años, plazo que se cuenta no desde la fecha de la resolución judicial que lo acuerda, sino desde el de la práctica de la anotación misma, si bien puede prorrogarse por períodos iguales siempre que el mandamiento se presente en el Registro de la Propiedad antes de la fecha de caducidad¹⁴⁹.

Aplicando las disposiciones referidas a las prohibiciones de disponer cabe sostener que su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad caduca a los cuatro años desde su fecha y son prorrogables por otros cuatro años, siempre y cuando la prórroga sea anotada antes de la caducidad del asiento¹⁵⁰. Debe tenerse en cuenta la distinción sustancial entre la prohibición de disponer y su reflejo registral, aquella como limitación del derecho afectado con alcance *erga omnes* y ésta como medida asegurativa del pleno desenvolvimiento de tal eficacia general. Sobre esta distinción, los principios de nuestro sistema registral imponen tanto la posibilidad

¹⁴⁹ Circular FGE núm. 4/10.

¹⁵⁰ Conforme a las RRDGRN de 19 de octubre de 2012 y 21 de noviembre de 2006, «fuera de los supuestos de caducidad de la anotación preventiva (art. 86 LH), las anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria (resolución firme), que ordenará el juez o tribunal cuando sea procedente».

de constatación tabular de toda situación de trascendencia real¹⁵¹ como la subsistencia de tal reflejo mientras continúe vigente la situación reflejada¹⁵². Tratándose de situaciones reales de carácter provisional, su constatación tabular no puede configurarse como permanente y permisiva.

El acceso al Registro de la anotación preventiva de prohibición de disponer no tiene naturaleza constitutiva, pero tiene la virtualidad de avisar de su existencia a los terceros que adquieren confiados en el Registro o inscriben su derecho con posterioridad a la anotación, de manera que cualquier derecho sobre los bienes objeto de prohibición de disponer nacido con posterioridad a la misma tendrá un carácter claudicante y su eficacia vendrá subordinada a lo que resulte de la preferencia del título de dominio, sin perjuicio de la protección que corresponde a los terceros adquirentes de buena fe con arreglo al art. 34 LH¹⁵³, todo lo cual determina la relativa ineficacia de las enajenaciones realizadas tras ella, no de las anteriores aunque se inscriban después. Siendo la anotación preventiva un asiento de carácter provisional, y, por tanto, de duración limitada, se encuentra sometida a un plazo de caducidad de cuatro años (art. 86 LH), como corresponde a su finalidad transitoria de garantizar o asegurar la efectividad de un derecho y por elementales razones de seguridad jurídica vinculadas a la fe pública registral. Pero, de igual manera que la prohibición de disponer existe jurídicamente desde que la autoridad judicial la decreta legalmente, con independencia de su anotación registral, la cual no puede condicionar su existencia ni tener un valor constitutivo, su caducidad, si bien opera de modo radical y automático si no ha sido prorrogada, no produce sin más la eficacia y validez de cualquier transmisión ni puede beneficiar a los que adquieren el bien conociendo su existencia.

Los efectos de la caducidad de la anotación operan exclusivamente en el ámbito registral, por lo que, mientras que la prohibición de disponer no haya sido dejada sin efecto en el procedimiento judicial en el que se decretó, la misma seguirá vigente y producirá todos los efectos a ella inherentes, sin perjuicio de los terceros adquirentes de buena fe.

¹⁵¹ Arts. 2 LH y 7 RH.

¹⁵² Arts. 40 y 79 LH.

¹⁵³ STS, Sala 1.ª, de 16 de junio de 1998 (ROJ: STS 3999/1998; MP: Jesús Marina Jiménez-Pardo).

VIII. CONCLUSIONES

1. La prohibición de disponer que tiene su origen en una resolución judicial penal es una medida cautelar destinada a hacer posible el fin del proceso, es decir, que pueda hacerse efectiva la sentencia o resolución que ponga fin al procedimiento, garantizando que no será ilusorio el derecho reconocido en la resolución que se adopte. Constituye una medida real con connotaciones registrales, ya que no se trata de una medida declarativa simplemente, sino que accede al Registro de la Propiedad para que los terceros puedan conocer la afectación que tiene un bien inmueble con respecto a una limitación dominical. No son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudique a los terceros adquirentes, sino restricciones impuestas por una resolución judicial que limitan las facultades de un titular sin atribución del correlativo derecho a otras personas. Esta medida tiene una naturaleza jurídica propia, ya que no es tampoco un caso de incapacidad del titular del bien, pues tiene capacidad de obrar pero no poder de disposición del bien. En ese sentido, resultaría que las consecuencias de enajenar sin respeto a la prohibición de disponer no encajan en caso de anulabilidad relativa o rescisión, sino en total ineficacia por carecer el transmitente de facultad dispositiva sobre el derecho transmitido, equivalente a nulidad radical, apreciable de oficio y no sometida a término de prescripción extintiva ni de posible convalidación.

2. La prohibición de disponer decretada en el proceso penal participa de los caracteres del resto de las medidas cautelares reales, que vienen determinados en el art. 726 LEC y que se concretan en los siguientes: *a)* Naturaleza estrictamente cautelar, ya que deben ser adoptadas con la única finalidad de hacer efectiva la tutela judicial que pueda acordarse en la sentencia, de forma que ésta no se vea impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso penal. *b)* Provisionalidad, en cuanto que no constituyen un pronunciamiento definitivo sobre la cuestión, sino mera garantía de la eventual sentencia. *c)* Temporalidad, ya que pueden ser modificadas y duran hasta que finalice el proceso por sentencia o auto de sobreseimiento. *d)* Revocabilidad. Las medidas pueden ser modificadas en cualquier momento si cambian las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción. *e)* Proporcionalidad, de forma que sólo pueden ser adoptadas o ejecutadas restringiendo los derechos afectados en la menor medida posible y sólo en lo estrictamente necesario. Habrá de valorarse, por tanto, la idoneidad de la medida, su estricta pro-

porcionalidad en relación con el interés económico que se pretende proteger y que no existan otras medidas menos coactivas e igualmente posibles para asegurar el objeto del proceso.

3. Su adopción requiere la concurrencia de dos presupuestos fundamentales: *periculum in mora* y *fumus boni iuris*. El primero consiste en el daño jurídico específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional penal, que puede ser aprovechada por el imputado para colocarse en tal situación que frustrare la ulterior efectividad de la sentencia. Dicho peligro puede referirse tanto a la persona como al patrimonio del imputado. De este modo, en las medidas patrimoniales el riesgo de ocultación de la cosa o de insolvencia se hallará implícito y dependerá de la duración del procedimiento, de la gravedad de la pena que comporte el hecho imputado y del importe de la responsabilidad civil derivada del delito. Este requisito se menciona en el art. 589 de la Ley Procesal Penal al disponer que la exigencia de fianza y posterior embargo de bienes podrá decretarse en cualquier momento del proceso «cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona». Lo determinante, por tanto, para la adopción de una medida cautelar real es la existencia de un juicio razonable sobre la existencia de indicios de criminalidad. A partir de ahí, si del hecho punible se derivan responsabilidades civiles podrá asegurarse el pago de las mismas mediante la adopción de las medidas que se estimen procedentes, según las circunstancias del caso. El segundo presupuesto comporta la probabilidad o verosimilitud de la existencia de un hecho criminal imputado, esto es, de indicios suficientes que permitan mantener la responsabilidad civil del sujeto afectado por la medida. Estos fundamentos deben interpretarse desde el prisma de la proporcionalidad, que exige un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes. En este contexto, una medida desproporcionada o irrazonable, como ha manifestado reiteradamente el TC, no sería, en sentido estricto, una medida cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso.

4. En el proceso penal la adopción de la medida cautelar de prohibición de disponer no sigue miméticamente el sistema de medidas cautelares reguladas en la LEC. Los arts. 589 y 764 LECrim. atribuyen al juez instructor la facultad de acordar de oficio e *inautita parte* las medidas cautelares reales con las simples premisas de que resulten indicios racionales de criminalidad contra una persona y que puedan declararse responsabilidades pecuniarias, no siendo, por consiguiente, preceptivo que le sean solicitadas las medidas cautelares por parte alguna, ni que con carácter previo a su adopción deba oírse en declaración al imputado.

La remisión que el art. 764 LECrim. hace a la LEC es concretamente al contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares, no a todo su régimen, que en muchos aspectos, obviamente, no resulta compatible con el procedimiento criminal y sus normas.

Las medidas cautelares reales suelen ser un pronunciamiento auxiliar de los autos de procesamiento o de apertura de juicio pero pueden ser adoptadas con anterioridad, desde que se manifieste la necesidad o posibilidad de asegurar el objeto civil del proceso, por lo que, tal y como acontece también con las cautelas personales, el auto de adopción se constituye en ocasiones como un primer auto de imputación judicial del hecho punible. De ahí que, durante la instrucción y en cuanto aparezcan indicios de criminalidad sobre el hecho investigado y se evidencie que puede adoptarse una medida cautelar eficaz, deberá hacerlo de forma inmediata, sin necesidad de petición de parte ni audiencia del imputado.

5. En cuanto a los efectos jurídicos que causa la anotación de la prohibición de disponer en el Registro de la Propiedad, pueden distinguirse los siguientes supuestos:

- a) Actos dispositivos posteriores a la práctica de la anotación preventiva respecto de los cuales se da una imposibilidad de acceso al Registro, no tanto por la eficacia excluyente o de cierre de la prioridad registral como por el principio de legalidad, al tratarse de un negocio inválido por falta de legitimación dispositiva.
- b) Actos dispositivos que se basen en asientos vigentes anteriores al del dominio o derecho real objeto de la anotación, tanto si tales actos dispositivos son anteriores como si son posteriores a la anotación. Estos actos, precisamente por aplicación del principio de prioridad junto con el de tracto sucesivo, sí deben inscribirse. Se trata de actos traslativos derivados, por ejemplo, de una inscripción de hipoteca, un retracto convencional, una opción de compra o una anotación preventiva de embargo.
- c) Actos dispositivos que, realizados por el titular afectado por la anotación, son anteriores a la prohibición de disponer pero se presenten vigente ésta. Éstos son inscribibles, pues no opera la eficacia excluyente del principio de prioridad respecto de los mismos, sin perjuicio de que su inscripción no comporte la cancelación de oficio de la anotación preventiva de la prohibición de disponer, debiéndose solicitar, en su caso, su cancelación al órgano judicial que decretó la medida.

Asimismo, esta anotación otorga las mismas preferencias para el cobro frente a otros acreedores que las conferidas al acreedor que haya anotado un embargo; su anotación no precisa notificación al cónyuge del demandado en caso de que recaiga sobre un bien ganancial, al tratarse de una medida cautelar dirigida a la conservación del bien en el patrimonio del imputado que no entraña ejecución, y sólo impide las enajenaciones voluntarias del titular registral, pero no puede afectar a los actos de disposición forzosa ordenados por la autoridad judicial, pues sería contrario al principio de responsabilidad universal de los bienes del deudor.

6. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han tenido parte en él ni han intervenido en manera alguna. Exigencia ésta que en el ámbito registral determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometen una titularidad inscrita si no consta el consentimiento de su titular o que éste haya sido parte en el procedimiento de que se trata. En este sentido los arts. 18 y 20 LH y el art. 100 RH imponen la obligación de respetar el tracto sucesivo, o, lo que es lo mismo, para tomar anotación preventiva de cualquier medida cautelar la finca ha de estar inscrita en el Registro a nombre de la persona física o jurídica contra la que se dirige el procedimiento judicial. En otro caso se podría producir una usurpación del dominio a su legítimo titular y una evidente indefensión al no haber sido parte en el procedimiento.

Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del art. 20 LH, si bien como regla general se prohíbe la práctica de anotación preventiva de cualquier clase si el titular registral es distinto de la persona frente a la que se dirige el procedimiento, como regla excepcional, en los procedimientos penales se permite la anotación de la medida cautelar de prohibición de disponer, aunque no coincidan la titularidad registral y la identidad del imputado, cuando existan indicios racionales de que este último es el verdadero titular del bien o derecho, debiendo hacerse constar así en el mandamiento.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, J. M., «La reforma del sistema de medidas cautelares», en *La reforma del proceso penal*, Madrid, La Ley, 2011.
- BARCONES AGUSTÍN, N., «El aseguramiento de responsabilidades civiles en el proceso penal: la fianza hipotecaria», *Noticias jurídicas*, diciembre de 2009.

- CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1992.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A., *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Granada, Comares, 2007.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991.
- CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. de J. Casais y Santaló, t. I, Madrid, Reus, 2000.
- COLLADO GARCÍA-LAJARA, E. (coord.), *Manual práctico de medidas cautelares (procesos constitucionales, ordinarios y especiales)*, Granada, Comares, 2000.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Colex, 1996.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3.ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.
- DE LA ROCHA GARCÍA, E., *Procesos y medidas cautelares en los procedimientos civiles, penales, mercantiles, laborales, administrativos, económico-administrativos y contencioso-administrativos*, Granada, Comares, 1999.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. III, *Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1985.
- DOMINGO MONFORTE, J., «Impacto en el ámbito registral del proceso penal», *La Ley Penal*, núm. 9, Sección Estudios, octubre de 2004.
- DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., «Comentario de urgencia sobre la disposición final tercera de la Ley Orgánica 5/2003, de 25 de noviembre, que adiciona un párrafo, el séptimo, al art. 20 de la Ley Hipotecaria», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 101, 2004.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., «Art. 726. Características de las medidas cautelares», en M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, J. M. RIFÁ SOLER y J. F. VALLS GOMBAU (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Barcelona, Iurgium-Atelier, 2000.
- (dir.), *Medidas cautelares por razón de la materia*, Madrid, CGPJ, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes nacionales en consideración al Derecho comunitario europeo», en *La batalla por las medidas cautelares*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 2004.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil*, vol. II, *Los procesos especiales*, 2.ª ed., Madrid, Colex, 2007.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1992.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, Bosch, 1984.

- LORCA NAVARRETE, A., «Título IV. De las medidas cautelares», en A. M. LORCA NAVARRETE (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Valladolid, Lex Nova, 2000.
- MAGRO SERVET, V., «Consecuencias jurídicas de la resolución judicial de la prohibición de disponer sobre bienes inmuebles», *La Ley*, núm. 7.389, Sección Doctrina, 27 de abril de 2010.
- MARTÍN QUERALT, J., «¿Renace el *solve et repete*?», *Tribuna Fiscal*, núm. 174, 2005.
- MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional*, vol. II, *Proceso Civil*, 18.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2004.
- *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000.
- ORTELLS RAMOS, M., y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, Comares, 1996.
- PERA VERDAGUER, F., *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 6.ª ed., Barcelona, Bosch, 1998.
- PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *Medidas cautelares reales en el proceso penal*, col. Manuales de Formación Continuada, núm. 46, Madrid, CGPJ, 2007.
- PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol. III, *Derechos reales, Derecho hipotecario*, Barcelona, Bosch, 1989.
- RAMOS GONZÁLEZ, J. M., «Trascendencia procesal e inmobiliaria de las prohibiciones de disponer», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1.022, 5 de mayo de 1975.
- RICA Y ARENAL, R., *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, Imprenta P. Madruño, 1949.
- ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario. Dinámica registral*, t. VI, 8.ª ed., Barcelona, Bosch, 1997.
- SALA SÁNCHEZ, P.; XIOL RIUS, J. A., y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., «Medidas cautelares», en *Práctica procesal contencioso-administrativa*, t. IX, Barcelona, Bosch, 1999.
- SANTALO RÍOS, A., «Medidas cautelares en el ámbito del proceso penal: algunas cuestiones puntuales», *Revista Xurídica Galega*, núm. 31, 2001.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., y RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Industrias Gráficas M. Pareja, 1974.
- TERRERO CHACÓN, J. L., «Capítulo II. Medidas cautelares», en E. ARNALDO ALCUBILLA y R. FERNÁNDEZ VILLAVEVERDE (dirs.), *Jurisdicción contencioso-administrativa (comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, Madrid, Publicaciones Avella, 1998.
- VELASCO NÚÑEZ, E., «La anotación preventiva de querrela en el procedimiento penal», *La Ley Penal*, núm. 13, Sección Estudios, febrero 2005.