

## LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARTICULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA

Juan Cámara Ruiz

**Sumario:** A) INTRODUCCION. B) FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL 41 LH. 1. La mención “para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere” (art. 41.II). 2. La condición “en cuanto que sean aplicables”, “según los casos”. C) PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ART. 41 LH. 1. “Situación jurídica cautelable común” a todas las medidas cautelares previstas en el art. 41 LH. 2. Acreditamiento de la situación jurídica cautelable. 3. *Periculum in mora*. 4. Fianza. D) MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS EN EL ART. 41 LH. 1. Intervención judicial de bienes litigiosos (art. 1419 LEC). a) Introducción y presupuestos. b) Procedimiento y efectos. 2. Suspensión provisional de obra nueva del art. 1663 LEC. 3. Medidas indeterminadas del art. 1428 LEC 4. Cualquier otra que fuera procedente. a) Anotación preventiva de demanda. b) Secuestro de la finca.

### A) INTRODUCCION

En la regulación del proceso del art. 41 LH se recoge “de un modo innominado y un tanto abstracto”<sup>1</sup>, la posibilidad para el demandante-ejecutante de solicitar “las medidas que según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayera”<sup>2</sup>.

A la hora de plantearnos la oportunidad de esta previsión deberíamos distinguir dos hipótesis:

Si presuponemos que se trata de un proceso declarativo sumario<sup>3</sup>, queda justificada la posibilidad de solicitar medidas cautelares, al igual que en otros procesos declarativos, por la finalidad misma de las medidas cautelares, en orden a garantizar la eficacia de la ejecución de la sentencia que se dicte.

---

<sup>1</sup> GONZALEZ-DELEITO y DOMINGO, N., “Medidas cautelares en el proceso del art. 41 LH” en el *Sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, pág. 151.

<sup>2</sup> Podemos comprobar que se trata de una expresión similar a la empleada para describir la finalidad que pretenden las medidas indeterminadas del art. 1428 LEC.

GONZALEZ-DELEITO pone de manifiesto el hecho de que la referencia se haga únicamente respecto de la efectividad de la sentencia y no a otros tipos de resoluciones, señalando que se olvida la posibilidad de una finalización del proceso por auto, v. gr. cuando no comparece el demandado, no presta la caución o bien, no formaliza la demanda contradictoria (GONZALEZ-DELEITO y DOMINGO, N., “Medidas cautelares en el proceso del art. 41 LH” en el *Sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, pág. 151)

<sup>3</sup> HERCE QUEMADA señala que se trata de un proceso declarativo sumario (“Naturaleza jurídica del proceso del art. 41 LH” en *Temis*, 1957, pág. 60).

En cambio, si afirmásemos que se trata de un proceso de ejecución o ejecutivo<sup>4</sup>, entendemos que la posibilidad de solicitar medidas cautelares encuentra su razón de ser en la especialidad del mismo, esto es, en las peculiaridades de este proceso. Pues si se tratara de un proceso de ejecución común, no tendría mucho sentido solicitar medidas cautelares, pudiendo solicitar en su lugar medidas ejecutivas, conducentes a exigir el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en la sentencia o en el título no jurisdiccional<sup>5</sup>.

Y así, habría que entender que la previsión de solicitar medidas cautelares está motivada por la estructura propia de este peculiar proceso de ejecución con una fase de contradicción, en la que el ejecutado puede oponerse a la pretensión ejecutiva por unas causas tasadas, y dándose la circunstancia de que no existe la alternativa de una previsión legal que permita al ejecutante instar medidas ejecutivas.

Esta regla general del art. 41 LH sobre medidas cautelares se desarrolla en el art. 137.3<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario, estableciendo que las medidas que pueden adoptarse son las señaladas en los artículos 1419, 1428 y 1663 LEC en cuanto que sean aplicables, así como cualquier otra que fuera procedente según los casos<sup>6</sup>.

## **B) FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL 41 LH.**

### **1. La mención “para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere” (art. 41.II LH).**

Característica esencial de las medidas cautelares es la instrumentalidad, y supone que éstas se hallan necesariamente vinculadas a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal, con la finalidad de asegurar su efectividad práctica<sup>7</sup>.

El propio tenor de la Ley Hipotecaria expresa tal finalidad, referida a las medidas cautelares del art. 41, con la mención genérica, “asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere”.

Esta mención nos lleva a postular que, las medidas cautelares que se adopten deberán garantizar, de modo prioritario, una ejecución en forma específica de la sentencia dictada (v. gr.: recuperar la finca, desalojo de la vivienda, prohibición de realizar

---

<sup>4</sup> Consideran que se trata de un proceso de ejecución o ejecutivo: MONTERO AROCA, J., con ORTELLS RAMOS, M., GOMEZ COLOMER, J.L. y MONTON REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional*, Valencia, 1997, tomo II, pág. 622. AZPIAZU RUIZ, J., “Algunas ideas en torno a los problemas surgidos con ocasión de la delimitación de los perfiles del proceso establecido en el art. 41 LH” en *Información Jurídica*, 1953, n° 117, pág. 114. SALAMERO-CARDO, J., *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1963, pág. 434.

<sup>5</sup> Hecha la salvedad del embargo preventivo del art. 923 LEC, que trata de garantizar una ejecución en forma genérica, para el caso de que no pueda conseguirse una ejecución en forma específica de modo inmediato, o la propia ejecución dineraria por ser necesaria previa liquidación.

<sup>6</sup> GONZALEZ-DELEITO propone de *lege ferenda* la “sustitución de las fórmulas de potestatividad (“...que puedan adoptarse...”, “...podrán ser ...”) por expresiones imperativas (“Se adoptarán en los siguientes casos ...:”); (GONZALEZ-DELEITO y DOMINGO, N., “Medidas cautelares en el proceso del art. 41 LH” en el *Sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, pág. 151).

Por nuestra parte, consideramos que no es la solución idónea disponer, *ex lege*, la adopción de medidas cautelares para solucionar problemas, como el retardo propio de la actuación judicial. Consideramos que estos problemas pueden atajarse con otro tipo de medidas sin necesidad de que sean cautelares.

<sup>7</sup> ORTELLS RAMOS, M., con CALDERON CUADRADO, M<sup>a</sup>.P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*. Granada, 1996, pág. 8.

cualquier tipo de perturbación, demolición de lo construido<sup>8</sup>) y, sólo subsidiariamente, una ejecución en forma genérica. Pues, si en cualquier proceso de ejecución se aspira a ofrecer al ejecutante la exacta prestación que se contenga en el título, las medidas cautelares deben garantizar, precisamente, que la ejecución pueda alcanzar este cometido.

El Tribunal Constitucional concreta esta aspiración como el “derecho a que la sentencia que eventualmente haya puesto fin al proceso, se cumpla en sus propios términos pues sólo de esta manera el derecho al proceso se hace real y efectivo, ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria” (STS TC 61/1984 de 16 de mayo)<sup>9</sup>.

Junto a esta finalidad, y tal como hemos adelantado, nada obsta a que se procure garantizar además, una ejecución en forma genérica, eventualmente, si la específica no hubiera podido llevarse a buen término<sup>10</sup>.

Hay autores, en cambio, que defienden que los resultados de contenido dinerario del pleito quedan suficientemente asegurados por la caución que el ejecutado debe prestar si decide oponerse<sup>11</sup>. Criticamos esta tesis en tanto que la medida cautelar y la caución están previstas para garantizar objetos distintos. Y así, mientras que la medida cautelar sirve para garantizar lo que se establezca en la sentencia, esto es, el resultado del proceso, la caución, en cambio, va dirigida a garantizar tres conceptos: la indemnización de daños y perjuicios ocasionados al ejecutante derivados de la sustanciación del proceso, la devolución de frutos y las costas del proceso.

Además, de un análisis comparativo de la caución y las medidas cautelares concluimos que:

a) La caución no es una medida cautelar, en tanto que no concurre la nota de instrumentalidad. O lo que es lo mismo, no sirve para garantizar los resultados de un proceso. Si bien es cierto que sirve para garantizar un resultado económico, no obstante, no tutela el pronunciamiento principal de la sentencia. Cabría hablar, en todo caso, para referirse a la caución, de garantía jurídico-material.

b) La caución supone para el demandado un carga procesal, por tanto voluntaria, y no prestándola, éste tendrá que soportar las consecuencias de su omisión (se dictaría auto ordenando las medidas ejecutivas solicitadas)<sup>12</sup>.

c) La adopción de medidas cautelares no impide ni la sustanciación del proceso ni la oposición por parte del demandado en el mismo. En cambio, la obligatoriedad de

<sup>8</sup> Sentencia AT de Oviedo de 3 de mayo de 1956 (*RJC*, 1958, pág. 79).

<sup>9</sup> En el mismo sentido las STS del Tribunal Constitucional siguientes: 67/84 de 7 de junio, 167/87 de 28 de octubre, 92/88 de 23 de mayo, 73/91 de 8 de abril y 39/95 de 13 de febrero.

<sup>10</sup> Para este fin, podría solicitarse las medidas cautelares oportunas, por ejemplo, un embargo preventivo del art. 923 LEC, precisamente, por la urgencia con que puede llegar a adoptarse, y también, porque se lleva a efecto sin oír a la otra parte, ni admitirle en el acto recurso alguno (art. 1403 LEC, de aplicación supletoria a la regulación del embargo preventivo del art. 923 LEC).

<sup>11</sup> Desde esta postura no se admiten determinadas medidas cautelares como el embargo preventivo, entre otras razones -las cuales no compartimos- por “lo absurdo que resultaría que a una persona se le pudiera embargar todos sus bienes, y que cuando no tuviera ninguno disponible se le exigiera una caución en metálico que de ninguna forma podría prestar, con lo que se la sumiría en la indefensión”, (RODRÍGUEZ-SOLANO ESPÍN, F., *El proceso del art. 41 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1953, pág. 210-211).

<sup>12</sup> En este sentido, es significativa la ST AP de Málaga de 23 de septiembre de 1994 (RA 737/95) en la que se alude a la temeridad del demandante-ejecutante: “no hay duda de que su ligereza en la decisión de interponer el proceso que nos ocupa, ha hecho absolutamente imprescindible que el Sr. R.H. hubiese de intervenir activamente en el proceso formulando demanda de contradicción previa prestación de caución, so pena de que en su contra se hubiese dictado auto sin más trámite acordando la práctica en su contra de las diligencias necesarias (ejecutivas) para la plena efectividad del derecho inscrito”.

la caución puede provocar, por no poder prestarla, que determinadas personas se vean privadas de poder acceder al proceso.

d) La caución sirve únicamente para garantizar parte de una posible ejecución en forma genérica, pero no, una ejecución en forma específica. Lo entendemos así, como ya hemos adelantado, en tanto que la finalidad de las medidas cautelares y la caución son esencialmente distintas.

## 2. La condición “en cuanto que sean aplicables”, “según los casos”.

La Ley Hipotecaria permite la solicitud de medidas cautelares (art. 41.II) y en el Reglamento se concreta a las de los arts. 1419, 1428 y 1663 LEC y cualquier “otra que fuera procedente según los casos”( 137.3<sup>a</sup>), pero establece además una condición: “en cuanto que sean aplicables”. Esta expresión admite varias interpretaciones.

Algunos autores opinan que para poder aplicar los efectos previstos en estas medidas determinadas, deben concurrir los mismos presupuestos que se exigen normalmente para poder adoptar una de esas medidas típicas<sup>13</sup>. Debería comprobarse, por tanto, caso por caso, si el supuesto que se deriva del proceso del art. 41 LH cumple los presupuestos requeridos para poder adoptar una de esas medidas determinadas. De modo que, con esta interpretación, las medidas cautelares determinadas en la LEC no se acomodarían a la situación prevista en la LH, sino que la situación que presupone un proceso del art. 41 LH podrá ser tutelada con las medidas cautelares de la LEC en tanto que reúna las condiciones exigidas para la adopción de éstas.

Por nuestra parte, por más adecuada al espíritu del precepto y con fundamento en el presupuesto de la situación jurídica cautelable que presupone el proceso del art. 41 LH, entendemos que dicha expresión no supone una condición sino un criterio de aplicación, referido únicamente a los efectos que acarrearán estas medidas. Podemos señalar como consecuencias de esta interpretación las siguientes:

1<sup>a</sup>. La situación jurídica a tutelar, como presupuesto para la concesión de la medida, no sería la prevista en cada una de las medidas citadas, sino la que se desprende del propio artículo 41 LH. Situación muy específica, referida a pretensiones con fundamento en “acciones reales procedentes de los derechos inscritos” contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio (art. 41.I LH).

2<sup>a</sup>. Tanto en relación con el acreditamiento de la situación jurídica a tutelar, como al procedimiento por el que sustancie la concesión de la medida, etc., entendemos que, serán de aplicación en primer lugar, los requisitos que se deduzcan de lo dispuesto en el art. 41 LH y sólo ante la falta de norma acudirémos a la regulación de cada una de las medidas, pero en tanto que su exigencia no esté en contradicción con la del art. 137 RH.

3<sup>a</sup>. A la hora de solicitar una medida cautelar, el demandante intentará aquella que, por sus efectos, ofrezca mejor tutela a la situación descrita, quedando relegada, a un segundo plano, la consideración de la situación cautelable concreta y también de otros presupuestos que presuponga dicha medida.

4<sup>a</sup>. La expresión “en cuanto sean aplicables” plantea, en todo caso, un problema de posibilidad o imposibilidad efectiva de ejecución de la medida cautelar, y no tanto una

---

<sup>13</sup> En este sentido afirma RODRIGUEZ-SOLANO -opinión que no compartimos- refiriéndose al caso de la intervención judicial, que, “esta medida sólo puede acordarse cuando el pleito verse sobre una finca de las expresadas y no respecto de ninguna otra, ..., debiendo decretarse en todo caso, de acuerdo con lo prevenido en los arts. 1421 y 1422 LEC y no de plano, sino en la forma indicada por el 1420” (RODRIGUEZ-SOLANO ESPIN, F., *El proceso del art. 41 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1953, pág. 206).

cuestión de comprobación de si los presupuestos que concurren son los exigidos en las distintas medidas cautelares. Y así, tratándose de una remisión, no lo es a todo el régimen jurídico de las medidas citadas, sino a supuestos de peligro y a efectos cautelares principalmente (v. gr. no tendría sentido solicitar una administración judicial, si las fincas litigiosas no tienen la cualidad de productivas, con independencia de que el presupuesto de la situación jurídica cautelable encaje con el previsto para un administración judicial)<sup>14</sup>.

## C) PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ART. 41 LH.

### 1. “Situación jurídica cautelable común” a todas las medidas cautelares previstas en el art. 41 LH.

Ya hemos adelantado, en esencia, cual es la situación jurídica a tutelar cuando se solicita una medida cautelar en un proceso del art. 41 LH. Tomamos como premisa de partida que la situación jurídica a tutelar es única, la derivada de este proceso, pero con posibilidad de algunas especialidades.

Las formas de tutelar esa misma situación jurídica, en cambio, son variadas y vienen recogidas en la Ley de Enjuiciamiento civil. En concreto, la que representa el art. 1419 LEC, o la del art. 1663 LEC o las del art. 1428 LEC.

Defendemos, por tanto, que la situación jurídica cautelable -presupuesto para la concesión de la cautela- no es la que presupone cada una de las medidas citadas, sino la que se desprende de este proceso del art. 41 LH. Situación muy específica, consistente en pretensiones basadas en “acciones reales procedentes de los derechos inscritos” contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio (art. 41.I LH)<sup>15</sup>. En la medida que se trata de derechos inscritos, tienen cabida todas las acciones reales derivadas de los mismos. Pudiéndose ejercitar por ejemplo, una acción reivindicatoria, una acción confesoria, una acción negatoria, o de otra clase análoga de carácter real<sup>16</sup>.

### 2. Acreditamiento de la situación jurídica cautelable.

Para poder adoptar las medidas cautelares previstas en el art. 41 LH y especificadas en el art. 137.3ª RH se exige la concurrencia del presupuesto de la situación jurídica a tutelar, descrita en el apartado anterior, y consistente en pretensiones derivadas de acciones reales procedentes de los derechos inscritos<sup>17</sup>. Faltando esta situación jurídica cautelable, el Juez debería denegar la solicitud de las citadas medidas.

<sup>14</sup> En esta línea de interpretación, SALAMERO CARDO entiende que, por la expresión “en cuanto sean aplicables” hay que suponer “que no siempre y en todos los casos irán algunas medidas como anillo al dedo al caso concreto en que se ponga en marcha el referido proceso ejecutivo, sino que en ciertos casos algunas de dichas medidas serán de aplicación y en otros no” (SALAMERO CARDO, J., *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1963, págs. 446-7).

<sup>15</sup> SUREDA, H., *Derecho procesal hipotecario*, Valencia, 1947, pág. 56.

<sup>16</sup> AZPIAZU RUIZ, J., “Algunas ideas en torno a los problemas surgidos con ocasión de la delimitación de los perfiles del proceso establecido en el art. 41 LH” en *Información Jurídica*, 1953, nº 119, págs. 119-120. GARCIA DE MARINA, *La defensa de los derechos inscritos. Art. 41 LH*, Madrid, 1984, pág. 250.

<sup>17</sup> En ocasiones, se acude indebidamente al proceso del art. 41 LH, ejemplo de ello se deduce de lo recogido en uno de los fundamentos de derecho de la ST AP de Asturias de 13 de julio de 1993 (RA 2429): “ni por último dentro de este cauce procedimental quepa solventar las causas de resolución contractual que se invocan, o a la falta de pago de las rentas; cuestiones éstas ajenas al ámbito de conocimiento de este juicio...”.

En un sentido parecido véase la ST AP de Almería de 11 de julio de 1994 (RA 2624).

El problema se plantea a la hora de determinar “el grado de demostración de esa situación jurídica necesario y suficiente para que el Juez pueda adoptar una medida cautelar”<sup>18</sup>. Cuestión que se suscita porque con la solicitud de una medida cautelar, debe acompañarse un principio de prueba de la situación jurídica a tutelar. Siendo necesario, en ese momento, demostrar *prima facie* el derecho que fundamenta la pretensión ejercitada. Lo que supone que, al solicitar una medida cautelar deberá demostrarse, *semiplena probatio*, la situación jurídica cautelable, pues en caso contrario, faltaría uno de los presupuestos y se denegaría la solicitud.

Suele ocurrir que la propia ley, que regula las medidas cautelares, establezca el tipo de acreditamiento exigible. En el caso de las medidas del art. 41 LH, expresamente, no se exige tipo alguno de acreditamiento, para la solicitud de medidas cautelares. En cambio, sí que se exige un cierto acreditamiento como *semiplena probatio* del fundamento de la pretensión para que la demanda no sea rechazada a *limine litis*<sup>19</sup>. En concreto, en el art. 41 LH, se dispone que se acompañe “certificación del Registro acreditando la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente”. Extremo que reitera el Reglamento (art. 137.2<sup>a</sup>) al exigir -para poder incoar el procedimiento del art. 41 LH- que se presente junto con el escrito que lo inicia, la “certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna del asiento ...”.

Consideramos pues, que al no exigirse ni en la LH ni en el RH ningún tipo de acreditamiento para la solicitud de medidas cautelares podría considerarse suficiente bien acompañar los documentos que fundamenten la pretensión interpuesta, o bien el acreditamiento exigible previsto para poder iniciar este proceso, precisamente, porque puede considerarse como *semiplena probatio* del derecho invocado en orden a obtener una medida cautelar, en tanto que, en el proceso del art. 41 LH la “certificación literal” tiene por objeto reflejar un derecho inscrito sin contradicción<sup>20</sup>.

### 3. Periculum in mora

Si afirmábamos más arriba, que el derecho a la tutela judicial efectiva exigía no sólo la ejecución de la sentencia, sino que además, ésta debía cumplirse en sus propios términos, correlativamente, las medidas cautelares procurarán garantizar que se produzca un ejecución en forma específica. En consecuencia, no es suficiente que las medidas cautelares sirvan para conjurar “los riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto (riesgo de insolvencia)”<sup>21</sup>, o ejecución en forma genérica. Al contrario, las medidas cautelares a adoptar deberán estar en consonancia con los distintos peligros a paliar, que a su vez, dependerán también, del objeto mediato de la pretensión ejercitada en el proceso principal (v.gr. no será el mismo peligro a conjurar cuando se trate de reivindicar un solar, que cuando consista en una finca con locales comerciales).

---

<sup>18</sup> ORTELLS RAMOS, M., con CALDERON CUADRADO, M<sup>a</sup>.P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*. Granada, 1996, pág. 13.

<sup>19</sup> Véase la ST AP de Barcelona de 4 de mayo de 1993 (RA 1613): “Su no aportación inicial (de la certificación del Registro de la Propiedad) determina el rechazo “a limine” de la misma (de la demanda), sin que por el régimen de preclusiones imperantes en el proceso civil, en relación con la aportación de documentos esenciales -arts. 503 y 504 LEC- pueda ser subsanado posteriormente, ...”.

<sup>20</sup> PRIETO CASTRO especifica aún más los efectos de la certificación, pues mantiene que el ejecutante no tiene que invocar ningún precepto del Código Civil “sobre la naturaleza, efectos y tutela del derecho de propiedad”, es suficiente con acreditar su titularidad registral (PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, L., “Procedimiento provocatorio del art. 41 LH”, *RDP*, 1948, págs. 162-163).

<sup>21</sup> ORTELLS RAMOS, M., con CALDERON CUADRADO, M<sup>a</sup>.P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*. Granada, 1996, pág. 14.

En parte, los distintos *pericula* se deducen inmediatamente (explícita o implícitamente) de la previsión de distintas medidas cautelares -arts. 1419, 1428 y 1663 LEC- puesto que estas medidas, si bien implican situaciones jurídicas diversas- presuponen distintas concreciones de *periculum in mora*.

Conscientes de las discrepancias que suscita en la doctrina y en la jurisprudencia, también podría consistir el riesgo, en la “inefectividad que deriva del mero retraso en cuanto por la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse, ese retraso supone por sí misma una lesión irreversible de tal situación”<sup>22</sup>.

En el caso que nos ocupa, hay que partir de una “situación jurídica cautelable común”, consistente en pretensiones derivadas de acciones reales procedentes de derechos inscritos. En cambio, las concreciones de los riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica son variados, por cuanto que se procura además, que ésta se desarrolle con plena utilidad.

Tal y como adelantábamos más arriba, si se persigue la efectividad de una ejecución en forma específica, la distinta concreción de *petita* en las demandas del art. 41 LH, y su correlación con lo establecido en la sentencia, nos servirá para concretar las distintas manifestaciones de *pericula* que se ciernen sobre la situación jurídica cautelable descrita:

- a) Si se pretende la recuperación de la finca:
  - a’) Peligro de destrucción del bien.
  - b’) Peligro de menoscabo o depreciación del bien.
  - c’) Peligro de devastación de bienes productivos: minas, montes dedicados a cualquier aprovechamiento, plantaciones, establecimientos industriales y fabriles, etc.
  - d’) Peligro de que una vez dictada sentencia, el desalojo se demore excesivamente.
- b) Si se solicita que cese una perturbación o que se deshagan las obras realizadas:
  - a’) Peligro de perjuicio de difícil o imposible reparación si se continua la construcción.
  - b’) Peligro de insolvencia del demandado, si llegado el momento tuviera que deshacerse a su costa lo construido indebidamente.

Finalmente, en cuanto a la exigibilidad del *periculum in mora*, atendiendo a como se recoge en el art. 41 LH, hay que conceptuarlo de presupuesto, siendo necesaria la concurrencia del mismo, para que el Juez adopte la medida cautelar solicitada, si bien, “la ley deja sin determinar la clase o tipo de peligro que amenaza a la efectividad de la sentencia, y también las circunstancias que han de entenderse reveladoras de ese peligro. Ambos elementos los ha de precisar el Juez atendiendo a un criterio expreso en la norma”<sup>23</sup>. En concreto, en el art. 41.II LH, se alude a las medidas que, “según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere”.

<sup>22</sup> ORTELLS RAMOS, M., con CALDERON CUADRADO, M<sup>a</sup>.P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*. Granada, 1996, pág. 15.

<sup>23</sup> ORTELLS RAMOS, M., con CALDERON CUADRADO, M<sup>a</sup>.P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*. Granada, 1996, pág. 16.

Con esta expresión se trata, de una parte, “de un concepto jurídico indeterminado que autoriza y delimita la especificación de las medidas adoptables y de las modalidades de peligro presupuesto de cada una de aquéllas; por otra, subordina la adopción de las medidas a la concreta concurrencia de las circunstancias reveladoras del peligro”<sup>24</sup>. Se autoriza al Juez, de este modo, a especificar el peligro en la demora relevante en cada caso.

Esta labor integradora del Juez supone, por tanto, concretar el riesgo, y decidir si la entidad del mismo es suficiente para conceder la medida. De hecho, puede darse el caso de ausencia casi total de peligro. Sirva como ejemplo lo que se recoge en el auto de la AT de Barcelona, en el que se afirma que, el Juez deberá apreciar para la adopción de la intervención judicial el riesgo que entraña la posible conducta del demandado en orden a la ejecución futura de la sentencia, y deniega la intervención judicial solicitada entre otras razones, al quedar desvirtuado el *periculum*, porque “en más de veinte años, no se ha estimado riesgo alguno de que los derechos posibles del actor, se vean menoscabados, pese a haberse tramitado otro litigio anterior a éste en dos instancias y casación”<sup>25</sup>.

#### 4. Fianza.

Es aceptada por la doctrina, comúnmente, como finalidad de la fianza, el “asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse al demandado”<sup>26</sup>. ORTELLS RAMOS describe tal finalidad señalando que, se trata de “ofrecer una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida cautelar a la indemnización de los daños y perjuicios causados por una medida cautelar ilícita”<sup>27</sup>.

Por su parte, SERRA se refiere a la fianza resaltando que, es “inherente al régimen de las medidas cautelares la prestación de fianza”<sup>28</sup>. Como regla general, la prestación de fianza, por el solicitante de medidas cautelares, es presupuesto para la concesión de las mismas. De ahí que nos planteemos la necesidad o no de la misma, o lo que es lo mismo, la consideración de la fianza como presupuesto para la adopción de medidas cautelares en el proceso del art. 41 LH. En la Ley hipotecaria no viene regulada la exigencia de fianza, de ahí que tomemos este hecho como punto de partida para abordar la cuestión planteada<sup>29</sup>.

Hay autores que defienden la necesidad de prestar fianza, si bien supeditándola a que concurra la condición de insolvencia notoria del solicitante de las medidas cautelares. Por ejemplo, SALAMERO CARDO apunta como razón para exigir la prestación de fianza que al igual que la medida cautelar favorece al titular registral, asimismo debe soportar “la carga u obligación, como es el prestar previo y suficiente afianzamiento en

---

<sup>24</sup> ORTELLS RAMOS, M., con MONTERO AROCA, J., MONTON REDONDO, A. y GOMEZ COLOMER, J.L., *Derecho Jurisdiccional*, Valencia, 1997, tomo II, pág. 672.

<sup>25</sup> AAT de Barcelona de 13 de febrero de 1973, *RJC*, 1973, pág. 337.

<sup>26</sup> CALAMANDREI, P., *Introduzione a lo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, págs. 45-46.

<sup>27</sup> ORTELLS RAMOS, M., con CALDERON CUADRADO, M<sup>a</sup>.P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*. Granada, 1996, pág. 16.

<sup>28</sup> SERRA DOMINGUEZ, M., “Teoría general de las medidas cautelares” en *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, pág. 239.

<sup>29</sup> GONZALEZ-DELEITO no distingue dentro de las medidas cautelares y propone para todas de *lege ferenda*, “la subsistencia de la coexistencia de la caución necesaria para la defensa del demandado principal y de las medidas cautelares asegurativas de la efectividad de la decisión judicial firme, dada la distinta finalidad de una y otras (la caución, destinada a asegurar el resultado económico; las medidas cautelares, encaminadas a garantizar el cumplimiento de la resolución)”, (“Medidas cautelares en el proceso del art. 41 LH”, en el *Sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, pág. 151).

el supuesto de no tener solvencia notoria y manifiesta... , y aunque tener inscrita a su favor la finca implica esa solvencia notoria, puede darse el caso de una finca de escaso valor, o bien que está embargada, hipotecada, etc.”<sup>30</sup>.

Por nuestra parte, afirmamos que, como regla general, no es necesario prestar fianza. Y lo entendemos así, pues partimos de la premisa de que el presupuesto de la fianza -al igual que ocurre en la regulación del embargo preventivo- es complementario del acreditamiento documental de la situación jurídica cautelable.

Prueba de ello, es la similitud de suficiencia probatoria entre los títulos ejecutivos del art. 1429 LEC y la certificación literal del Registro de la Propiedad. Pudiendo apuntar las siguientes semejanzas:

a) Es equiparable la eficacia de ambos tipos de documentos respecto de un proceso principal. Los títulos ejecutivos del art. 1429 LEC provocan la incoación de un juicio ejecutivo y en muchas ocasiones los Tribunales atribuyen este mismo efecto a la certificación literal del Registro de la Propiedad<sup>31</sup>.

b) La certificación del Registro de la Propiedad está revestida de similares garantías de exactitud y autenticidad (ex art. 38 LH) como lo puedan estar los títulos ejecutivos<sup>32</sup>.

c) Para el caso de que no cupiera realizar una exacta equiparación puede apuntarse, *a fortiori*, el siguiente argumento de ORTELLS RAMOS que aplica a supuestos relacionados con el embargo preventivo y que *mutatis mutandi* serviría como justificación en el presente caso. En esta línea, explica que, podría “no exigirse fianza si el documento presentado acreditara la obligación con el mismo o mayor grado de probabilidad que un título ejecutivo, lo que no parece dudoso, por ejemplo en una sentencia (no ejecutiva, por ser meramente declarativa o constitutiva) o la certificación de lo convenido en acto de conciliación”<sup>33</sup>.

Las consecuencias de afirmar que el presupuesto de la fianza en las medidas cautelares del art. 41 LH -al igual que ocurre en la regulación del embargo preventivo- es complementario del acreditamiento documental de la situación jurídica cautelable serían las siguientes:

<sup>30</sup> SALAMERO CARDO, J., *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1963, pág. 448-449.

RODRIGUEZ-SOLANO entiende que: “teniendo presente que el titular registral aparece como propietario de un inmueble, según la certificación que aporta a los autos, ello excluye la idea de insolvencia notoria” ( *El proceso del art. 41 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1953, pág. 214).

<sup>31</sup> Se recoge en ST AP de Barcelona de 4 de mayo de 1993 (RA 1613) que: “La presentación con la demanda de la certificación registral que constituye el título ejecutivo que posibilita la iniciación de este proceso de ejecución especial y sumario, resulta ser condición indispensable para la iniciación del proceso”.

Se recoge en ST AT de Pamplona de 18 de junio de 1956 que, “el procedimiento establecido por el art. 41 LH y concordantes del Reglamento, protege en vía ejecutiva al titular registral” ( *RJC*, 1958, pág. 81).

<sup>32</sup> En ST AP de Almería de 11 de julio de 1994 (RA 2624) se recoge que: “La acción derivada del art. 41 de la Ley Hipotecaria, que reitera la tradicional presunción posesoria a favor del titular inscrito (art. 38), tiene su razón de ser en la fuerza legitimadora del Registro de la Propiedad...”.

Y en ST AP de Sevilla de 10 de marzo de 1994 (RA 1537) se establece que, la situación de privilegio que disfruta el titular registral en el procedimiento del art. 41 LH deriva de “la presunción “*iuris tantum*” de exactitud del Registro de la Propiedad que consagra el art. 38 de la Ley Hipotecaria”.

En el mismo sentido ST AP de Avila de 6 de octubre de 1994 (RA 604).

<sup>33</sup> ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, pág. 110.

Y, en otro lugar afirma que, “quien ostenta un título ejecutivo jurisdiccional pendiente sólo de liquidación, no puede ser de peor condición que quien presenta un título del art. 1429 que, en el llamado “juicio ejecutivo” y fuera de él, permite la obtención del embargo sin previa fianza (art. 1402 a contrario) ( *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, pág.75).

De una parte, no sería preceptiva la prestación de fianza. En esta línea, ORTELLS RAMOS afirma -refiriéndose a la fianza con relación al acreditamiento en el embargo preventivo- que la fianza se requiere si el documento no cumple los requisitos del art. 1429 LEC. En nuestro caso y como regla general puede afirmarse que la certificación del Registro de Propiedad siempre cumpliría los requisitos, hecha la salvedad de una certificación falsa. Y en otros casos, si aportada la certificación al Registro de la Propiedad, ésta no reflejara la vigencia de un derecho inscrito sin contradicción provocaría el rechazo de la demanda principal e indirectamente -y sin entrar en su valoración- de las medidas cautelares solicitadas. Por tanto, no debería considerarse la fianza como presupuesto para la concesión de las medidas cautelares del art. 41 LH, precisamente, porque la ley no la exige ni expresa ni tácitamente, y además, atendida la eficacia que el art. 38 LH dota a la certificación literal del Registro de la Propiedad<sup>34</sup>.

De otra que, en el caso de que el Juez fijara una fianza, ésta se constituiría como requisito para la ejecución de la medida cautelar y no como presupuesto para su concesión. Lo que supone que no en todos los casos el Juez exigirá prestación de fianza para aplicar una medida cautelar. Si bien en los casos en que el Juez no haya fijado una fianza y el demandado-contradictor se opusiera a la concesión de la medida cautelar exigiendo la prestación de fianza, entendemos que el Juez debería fijarla si el demandado-contradictor hubiera probado la ausencia de notoria solvencia del solicitante de la medida cautelar al poner de manifiesto, por ejemplo, el escaso valor de finca y el endeudamiento del demandante.

#### **D) MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS EN EL ART. 41 LH.**

La posibilidad prevista en el art. 41.II LH de solicitar medidas cautelares, se concreta en el art. 137.3<sup>a</sup> RH en una serie de medidas: la intervención judicial del art. 1419 LEC, las medidas innominadas del art. 1428 LEC, la suspensión de obra nueva del art. 1663 LEC y “cualquiera otra que fuera procedente según los casos”.

RODRIGUEZ-SOLANO recoge la confusión de ciertos autores respecto de las medidas cautelares y la caución señalando que “lo revela el hecho de que se pretende que pueden ser sustituidas recíprocamente en determinados casos y que se critique la adopción simultánea de las dos”<sup>35</sup>. Postura que no compartimos pues, como hemos adelantado más arriba, si bien ambas medidas tratan de garantizar el derecho del ejecutante, la finalidad de ambas medidas es distinta, y por lo tanto, no cabe la sustitución de unas por otras, ni es excesiva la adopción simultánea de ambas, en tanto que cada una trata de tutelar un objeto distinto.

La medida cautelar trata de garantizar una ejecución en forma específica, mientras que la caución que ha de prestar el ejecutado queda afectada para garantizar los perjuicios que -por su decisión de proseguir el proceso instado- pueda ocasionarle al ejecutante.

---

<sup>34</sup> Además, contrastando con la regulación del embargo preventivo del art. 923 LEC, podemos señalar que, en ningún caso se exige como presupuesto de este embargo, la fianza del que lo solicite.

<sup>35</sup> RODRIGUEZ-SOLANO ESPIN, F., *El proceso del art. 41 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1953, pág. 204.

## 1. Intervención judicial de bienes litigiosos (art. 1419 LEC).

### a) Introducción y presupuestos.

Esta medida cautelar prevista en la Ley de Enjuiciamiento civil y desarrollada en los arts. 1419 a 1427, está concebida para tutelar pretensiones derivadas de acciones reales, con la virtualidad de conjurar el peligro de devastación de bienes productivos. Concretándose para conseguir tal fin, en el nombramiento de un interventor judicial -tercero distinto a las partes- con la función de fiscalizar la administración que de los bienes litigiosos lleva a cabo el demandado. No consiste, por tanto, en una administración, pues el demandado sigue poseyendo y administrando los bienes, sino en el control de la administración que éste desarrolla. Provocando, de esta forma, una injerencia mínima en la esfera jurídica del demandado.

A la hora de plantear la posibilidad de adoptar una intervención judicial en el ámbito del proceso previsto en el art. 41 LH, entendemos necesario la concurrencia de dos presupuestos, el de la situación jurídica cautelable y el del *periculum in mora*.

La situación jurídica cautelable como presupuesto de la intervención judicial no es la que se desprende del art. 1419 LEC, sino que consiste en pretensiones referidas a acciones procedentes de derechos reales inscritos. De modo que no presenta diferencia alguna respecto de la de las otras medidas cautelares del art. 41 LH, por cuanto dijimos que se trata de una situación jurídica común a todas ellas. Si la pretensión es de esta clase, concurre el presupuesto.

Este presupuesto de la situación jurídica cautelable, está concatenado con el del *periculum*, en la medida que el petitum de la pretensión presupone unos determinados riesgos<sup>36</sup>. Entre ellos, el peligro de devastación es el riesgo que se pretende conjurar con una intervención judicial.

Este peligro es inherente únicamente a bienes con la cualidad de productivos, lo que implica que, -y aunque parezca obvio- para que pueda existir tal riesgo, es condición *sine qua non* la comprobación de que en el caso concreto, el bien posee el carácter de productivo. De ahí que sea inútil esta medida cuando se trate de bienes sin tal cualidad. Comprobada esta condición, no sería necesario demostrar un determinado riesgo pues el peligro de devastación se presupone normalmente en cualquier bien productivo.

Una prueba de ello, es la omisión de la descripción de este peligro en la regulación de la intervención judicial del art. 1419 LEC. La intención del legislador de 1881 era manifiesta y quedó reflejada en las Actas de la Comisión de Codificación con las siguientes palabras del entonces Ministro Alvarez Bugallal: "Sucede hoy, que cuando se entabla una demanda contra una mina o propiedad donde hay árboles y otros aprovechamientos susceptibles de ser agotados en poco tiempo, si el demandado conoce que en la demanda va a ser vencido, de tal modo destruye la propiedad que cuando el demandante va a ganar el pleito obtiene una victoria inútil"<sup>37</sup>.

Ahora bien, si no existiera tal peligro faltaría uno de los presupuestos, pues aunque el *periculum* no venga descrito expresamente en el tenor del art. 41 LH, ello no le priva de la condición de presupuesto. Y tal como dijimos más arriba será tarea del Juez concretarlo y comprobar su existencia. Si constatará su no concurrencia o el demanda-

<sup>36</sup> Son distintos los riesgos que se ciernen cuando se reclama una finca en producción, que los que amenazan la petición de un solar.

<sup>37</sup> Ministerio de Justicia, Archivo de la Comisión General de Codificación, Madrid, del Acta de la reunión celebrada por la Comisión General de Codificación, el día 30-I-1881.

do demostrara la ausencia de peligro se denegaría la medida solicitada por faltar el presupuesto del *periculum in mora*<sup>38</sup>.

En conclusión, con excepción de los casos en que se aprecie la ausencia de peligro, en los supuestos de pretensiones amparadas en el art. 41 LH y referidas a bienes productivos, se concederá la tutela que supone una intervención judicial.

La conveniencia de adoptar una intervención judicial queda justificada cuando el objeto mediato de la pretensión ejercitada en el proceso principal venga referida no sólo a los bienes enumerados en el art. 1419 LEC -minas, montes cuya principal riqueza sea el arbolado, plantaciones y establecimientos industriales y fabriles- sino también a cualquier otro bien con la cualidad de productivo<sup>39</sup>, siempre y cuando hayan tenido acceso al Registro de la Propiedad.

#### **b) Procedimiento y efectos.**

En cuanto al procedimiento entendemos que, en principio, no se producirían incompatibilidades entre la regulación del art. 41 LH y la previsión de los arts. 1419 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Y así, en el art. 1420 LEC se dispone que una vez solicitada la intervención judicial “el Juez, mandando formar pieza separada, citará desde luego a las partes para que comparezcan ante él en el término de nueve días”. La comparecencia prevista en el art. 1420 LEC, tiene por objeto ponerse de acuerdo sobre la persona a quien deba nombrarse interventor y en su caso, la oposición a la concesión de la medida cautelar solicitada<sup>40</sup>.

En cambio, el emplazamiento para comparecer las personas designadas por el titular en el escrito inicial deberá ser en el término de seis días (ampliable a otros doce si el emplazamiento hubiera sido por edictos y sin resultado). El objeto de esta comparecencia consiste en tener por personado al demandado y, además, para prestar la caución prevista en la ley hipotecaria (y en su caso, la petición de reducción o exoneración de la misma).

La diferencia entre estas dos comparecencias -la regulada en el art. 1420 LEC y la prevista en el art. 137.4ª RH- radica de una parte, como hemos visto, en el objeto de las mismas. De otra, en quién decide el momento de la celebración de las mismas. En el primer caso (art. 1420 LEC) lo establece el Juez, y en el segundo (art. 137.4ª RH) el demandado, que dispone de un plazo de seis días, ampliable por otros doce para personarse.

Entendemos que es posible la compatibilidad de la previsión de estas comparecencias, y entre otras, podrían darse estas dos soluciones:

Primera, una vez el titular de derechos inscritos, presenta la demanda, el Juez emplaza al demandado para que se persone en autos, advirtiéndole que la comparecencia tendrá un doble objetivo. De una parte, la personación, y de otra, la designación del interventor. En tanto que el demandante debe estar presente en el momento de la designación del interventor, y en la medida que no puede producirse un acortamiento -por perjudicial- del plazo previsto para la personación del demandado, el Juez debería fijar como fecha-término el sexto día desde que al demandado se le dio traslado de la deman-

---

<sup>38</sup> Vide AAT de Barcelona de 13 de febrero de 1973, *RJC*, 1973, pág. 337.

<sup>39</sup> Véanse las razones que apuntamos al tratar el presupuesto de la situación jurídica cautelable.

En este sentido afirma RODRIGUEZ-SOLANO -opinión que no compartimos por lo que argumentamos más arriba- refiriéndose al caso de la intervención judicial que, “esta medida sólo puede acordarse cuando el pleito verse sobre una finca de las expresadas y no respecto de ninguna otra, ..., debiendo decretarse en todo caso, de acuerdo con lo prevenido en los arts. 1421 y 1422 LEC y no de plano, sino en la forma indicada por el 1420” (*El proceso del art. 41 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1953, pág. 206).

<sup>40</sup> Vide AAT de Barcelona de 27 de noviembre de 1981, *RJC*, 1982, pág. 106.

da (o el decimosegundo del plazo extraordinario si no hubiera comparecido en el caso de emplazamiento por edictos).

Podemos señalar que con esta solución se compatibilizan los plazos previstos para ambas comparecencias, gracias a que es menor el previsto de seis días para la personación del art. 137.4ª que el de nueve días previsto en el art. 1420 LEC.

Segunda, una vez que se le da traslado de la demanda al demandado, y personado éste dentro de los seis días previstos, en la misma comparecencia de personación -si no se allana a la demanda y presta la caución- el Juez lo emplazará (también al demandante) a una nueva comparecencia para resolver sobre la intervención judicial solicitada. Siempre que el Juez fijara esta segunda comparecencia dentro de los tres días siguientes al de la finalización del plazo de seis días, también se estaría dentro del plazo de los nueve días previstos en el art. 1420 LEC.

Entendemos que, siendo válidas ambas soluciones, pues son compatibles con las previsiones de la LEC y de la LH, consideramos más apropiada la primera, no solamente por una cuestión de economía procesal (se aprovecha una misma comparecencia para personación-prestación de caución y además, para decidir sobre la intervención judicial solicitada), sino también, porque responde al carácter de urgencia que debe acompañar la adopción de medidas cautelares.

La segunda, en cambio, supondría una duplicidad de emplazamientos, y además, una demora casi inevitable, en la mayoría de los casos, en orden a la adopción de la medida cautelar.

Con relación a los efectos de la intervención judicial, se derivarán los propios de la intervención judicial prevista en el art. 1419 LEC, sin que la regulación de la LH altere la normal producción de los mismos. Y así, una vez nombrado el interventor, se le atribuye un poder de veto y al mismo tiempo se le prohíbe al demandado realizar actos de explotación o administración del bien sin previo conocimiento del interventor.

En cuanto a la sustitución de la intervención por fianza del demandado -prevista en los arts. 1423 y ss. LEC, pero no prevista en la regulación hipotecaria- la consideramos de aplicación, en la medida que no está en contradicción con dicha regulación.

Si bien hay que puntualizar el carácter discrecional y no vinculante para el Juez de la propuesta de sustitución. De otro modo, se daría el contrasentido de que tratando de garantizar la intervención judicial una ejecución en forma específica podría ser sustituida por la caución que garantiza una ejecución en forma genérica. Por lo que, sólo debería admitirse la sustitución en aquellos casos en que previsiblemente se van a irrogar perjuicios fácilmente cuantificables.

## **2. La suspensión de obra nueva del art. 1663 LEC.**

Bajo el epígrafe “De los interdictos”, se recogen en la LEC (Título XX del Libro II, arts. 1631 a 1685) una serie de procesos que podríamos denominar genéricamente posesorios, si bien alguno de ellos tiene un objeto distinto.

Con el interdicto de obra nueva se pretenden evitar los perjuicios que pueda ocasionar una construcción nueva en la posesión o en otros derechos reales. Quedando descrito, de este modo, el objeto de este proceso sumario<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Proceso que no produce cosa juzgada material (art. 1671 LEC) y que deja abierta la posibilidad de acudir al juicio declarativo que corresponda por su cuantía.

Tratándose de un proceso sumario no tiene naturaleza cautelar, lo cual no excluye que se predique de la primera fase de este proceso tal naturaleza, pues consiste en el requerimiento al dueño de la construcción para que proceda a la suspensión de la misma. Precisamente, porque puede deducirse sin dificultad la relación instrumental de esta fase del procedimiento -se suspende provisionalmente la obra en el estado en que se halle bajo apercibimiento de demolición de lo que se edifique- con “la resolución final del proceso que la suspenderá con carácter definitivo”<sup>42</sup>.

De ahí que, la remisión que la regulación hipotecaria realiza al art. 1663 LEC, cabe entenderla hecha solamente a esta fase cautelar y no a la totalidad del interdicto de obra nueva.

Con esta remisión del art. 137.3ª al art. 1663 LEC, entendemos que se pretende principalmente la aplicación de los efectos que supone la suspensión de la construcción en el marco del proceso del art. 41 LH. Asimismo, debemos plantear la exigencia de determinados presupuestos para que puedan ordenarse dichos efectos.

Respecto a la situación jurídica cautelable, consideramos de aplicación la que se desprende del art. 41 LH, común a todas las demás medidas cautelares previstas en el mismo. Y en orden a la legitimación activa, opinamos que sería necesario que el demandante reuniese la condición de titular registral, único legitimado para el proceso principal. Siendo inaplicable la legitimación sin más, del actor a quien perjudique la obra.

Entendemos suficiente el acreditamiento exigible para poder iniciar el proceso del art. 41 LH (consistente en la certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna del asiento). Máxime cuando la LEC (arts. 1663 y ss.) con relación al interdicto de suspensión de obra nueva no exige como presupuesto de admisibilidad al proceso, o en orden a la fundamentación y legitimación, ningún tipo de acreditamiento.

Con relación al *periculum in mora*, hemos afirmado más arriba que, tal y como se plasma en el art. 41 LH hay que conceptualarlo de presupuesto, si bien la ley deja sin determinar la clase o tipo de peligro que amenaza la efectividad de la sentencia. El Juez deberá comprobar la concurrencia del mismo a la hora de conceder la medida solicitada.

Este planteamiento supone una aparente contradicción con el régimen previsto para la suspensión de obra nueva, pues en este caso, el *periculum in mora* hay que entenderlo implícito al no venir exigido expresamente en el art. 1663 LEC. Lo cual, lleva a preguntarnos si el demandante deberá probar la existencia de peligro, o bien, si el demandado en la oposición a la medida alcanzaría a demostrar, de algún modo, la ausencia de tal peligro. Pensamos que la solución de referencia la encontramos en el régimen de la suspensión cautelar de obra nueva. Y así, la presentación de la demanda, provoca, de plano, el inmediato requerimiento de suspender la construcción en el estado en que se hallare. Restándole al demandado, como única alternativa, “pedir que se le permita hacer las (obras) que sean indispensables para la conservación de lo edificado”(art. 1665 LEC).

Los efectos que deberían derivarse de esta medida cautelar en un proceso del art. 41 LH serían los del art. 1663 LEC: la suspensión de la construcción en el estado en que se halle, bajo apercibimiento de demolición de lo que se edifique. Materializándose, con el inmediato requerimiento “al dueño de la obra, si en ella fuera hallado, y en otro caso, al director o encargado de la misma, y a falta de éstos a los operarios, para que en el acto suspendan los trabajos. Para cuidar de que esta orden se cumpla, quedará un algu-

---

<sup>42</sup> CALDERON CUADRADO, M<sup>a</sup>.P., con ORTELLS RAMOS, M., La tutela judicial cautelar en el Derecho Español. Granada, 1996, pág. 109.

cil en el lugar de la obra hasta que se hayan retirado los operarios” (art.1664 LEC). Sería aconsejable que se cerrara y sellara la entrada a la edificación ante la previsión de que al día siguiente se reabra la obra volviendo a trabajar en la misma, y mostrando la inutilidad de que el agente judicial hubiese permanecido el día anterior al tiempo necesario hasta que los operarios se retiraran.

El desarrollo inicial del procedimiento del art 1663 LEC<sup>43</sup>, es perfectamente compatible con el previsto en el art. 137 RH<sup>44</sup>. Lo que hace defendible la aplicación de la previsión del art. 1663 LEC en el momento de la incoación del proceso del art. 41LH, acorde con el principio de urgencia que caracteriza la adopción de las medidas cautelares. Esto se traduciría en que el Juez que vaya a conocer del proceso del art. 41 LH, una vez presentada la demanda con la certificación del Registro de la Propiedad -ante la petición de suspensión de la obra- deberá ordenarla inmediatamente, siempre y cuando, los hechos fijados en la demanda describan como causa perturbadora -del derecho inscrito o de su ejercicio- un construcción o modificación de una construcción ya existente.

### 3. Medidas indeterminadas del art. 1428 LEC.<sup>45</sup>

De una interpretación sistemática del 1428 LEC, los autores concluyen su carácter residual o subsidiario, a modo de norma de cierre<sup>46</sup> del sistema cautelar. Es como un reconocimiento a los órganos jurisdiccionales de un poder general cautelar<sup>47</sup>, por el que se le confiere al Juez una amplia facultad discrecional<sup>48</sup>.

CARRERAS lo califica de precepto en blanco, y señala que, “concurriendo determinados presupuestos y con ciertos requisitos, puede el Juez, a instancia de parte, adoptar las medidas que fueran necesarias, según las circunstancias”<sup>49</sup>, si bien no se le concreta qué medidas. Pudiendo afirmar, por tanto, como propio del art. 1428 su carácter residual y de garantía de la efectividad de la tutela judicial<sup>50</sup>.

Asimismo, cabe señalar que no se recoge expresamente en el artículo 1428 LEC la prohibición de adoptar medidas al amparo del mismo, cuando quepa acudir a las medidas determinadas, previstas en la Ley.

<sup>43</sup> Que supone que una vez presentada la demanda, el juez dicta inmediatamente, de plano, providencia ordenando la suspensión de la obra.

<sup>44</sup> Una vez presentada la demanda, se da traslado de la misma al demandado, con un plazo de seis días para la personación-celebración de comparecencia.

<sup>45</sup> Un estudio exhaustivo de estas medidas, lo realiza la profesora CALDERON CUADRADO, M<sup>a</sup>.P. en *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992.

<sup>46</sup> CARRERAS LLANSANA, J., “Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC” en *Estudios de Derecho Procesal*, de Fenech-Carreras, Barcelona, 1962, pág. 580.

En el mismo sentido, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El artículo 1428 LEC” en *RDP*, 1975, pág. 98.

<sup>47</sup> ESCARTIN NUÑEZ, R.V., “Las medidas cautelares innominadas o atípicas”, *Constitución, Derecho y Proceso*, Zaragoza, 1983, pág. 93.

<sup>48</sup> “Ha de tenerse en cuenta que es criterio doctrinal español que, en orden al decreto y a la adopción de tal clase de medidas asegurativas, El Juez goza de amplia libertad, y que en el ancho margen del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil caben ser encuadradas cuantas medidas estime necesarias el juzgador para asegurar los derechos alegados, siempre que estos últimos resulten de documentos” (SUREDA, H., *Derecho procesal hipotecario*, Valencia, 1947, pág. 83).

<sup>49</sup> CARRERAS LLANSANA, J., “Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC” en *Estudios de Derecho Procesal*, de Fenech-Carreras, Barcelona, 1962, pág. 569.

<sup>50</sup> CALDERON CUADRADO, M<sup>a</sup>.P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, págs. 110-111.

Precisamente la inclusión de las medidas indeterminadas del art. 1428 LEC en la previsión del art. 137.3ª RH pone de manifiesto la amplitud del ámbito de aplicación de éstas medidas, que no debe constreñirse al campo de las obligaciones *sensu stricto*, sino que incluye también situaciones derivadas de los “deberes que corresponden a terceros frente al derecho real o absoluto y, más específicamente, en los que derivan de su lesión o puesta en peligro”<sup>51</sup>.

Con esta previsión del art. 137.3ª, la adopción de medidas indeterminadas del art. 1428 LEC, ya no depende exclusivamente de la interpretación más o menos amplia que del precepto lleve a cabo el juzgador en el caso concreto, sino que su aplicación tiene fundamentación expreso en la propia Ley (art. 137.3ª RH).

En cuanto al presupuesto de la situación jurídica cautelable entendemos, por lo que ya adelantamos en el epígrafe correspondiente, que coincide con la común de las demás previstas para el proceso del art. 41 LH, por esta razón no deberá tenerse en cuenta la situación jurídica cautelable propia y que normalmente presupone el art. 1428 LEC. Asimismo es suficiente como acreditamiento la certificación literal del Registro de la Propiedad del derecho inscrito.

Con relación al *periculum in mora*, como ya adelantamos más arriba, la ley deja sin determinar el tipo o clase de peligro, correspondiendo al juzgador precisar las circunstancias que lo revelen y la entidad del mismo. Decidiendo, en cada caso, la concurrencia del presupuesto del *periculum*.

Esta circunstancia propiciará que a la parte actora le corresponda demostrar la existencia del peligro en la demora (exceptuando los casos en que tal peligro se entienda implícito en una determinada situación) y, en su caso, a la parte demandada la ausencia del mismo (con excepción de los casos en que de todo punto sea evidente la ausencia del mismo).

En cuanto a los efectos señala ORTELLS que “las medidas cautelares adoptables al amparo del art. 1428 LEC debe ser en cada caso el apropiado para que la sentencia pueda ser, en su momento, plenamente cumplida. Esto puede requerir no sólo unas medidas con efectos de aseguramiento, sino también medidas de conservación del *statu quo* anterior al conflicto frente a conductas aparentemente ilícitas y dañosas que -al amparo de la incertidumbre sobre la cuestión litigiosa- se intenten adoptar durante la pendencia del proceso principal”<sup>52</sup>. Y en otro momento que, el Juez debe tener presente también “aquéllas que, en grados variables y en todo caso provisional, anticipan efectos de la sentencia principal”<sup>53</sup>.

Las medidas, en concreto, que al amparo del art. 1428 LEC podrían solicitarse en un proceso del art. 41 LH, entendemos que pueden ir dirigidas entre otros fines, a la preservación del bien, a evitar su menoscabo, a evitar inmisiones ilícitas y al posible abuso del bien. Podrían materializarse en las siguientes modalidades:

a) Prohibición de usar la cosa por el peligro de destrucción. Piénsese por ejemplo, que se trate de un edificio histórico con una estructura endeble y en el que se realizan determinadas actividades que agravan su deterioro provocando en un futuro una orden de demolición.

---

<sup>51</sup> ORTELLS RAMOS, M., “Sobre las medidas cautelares indeterminadas del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento civil”, La Ley, 1989, pág. 4.

<sup>52</sup> ORTELLS RAMOS, M., con CALDERON CUADRADO, Mª.P., La tutela judicial cautelar en el Derecho Español. Granada, 1996, pág. 149.

<sup>53</sup> ORTELLS RAMOS, M., con CALDERON CUADRADO, Mª.P., La tutela judicial cautelar en el Derecho Español. Granada, 1996, pág. 149.

b) Prohibición de usar la cosa por riesgo de menoscabo o deterioro de la misma. En aquellos supuestos en que se estuviera utilizando un inmueble sin llevar a cabo tareas de reparación o mantenimiento de las instalaciones.

c) Prohibición de cualquier modalidad de perturbación. Cuando se pretenda consolidar por ejemplo, algún tipo de servidumbre como sacar agua, de paso, de vistas, etc.

d) Requerimiento de remover obstáculos que impiden actos de mantenimiento o conservación de la cosa. Por ejemplo, ordenar quitar una cadena, construcción o cualquier otro obstáculo que impide el paso e imposibilita dichos actos de conservación.

e) Retención y depósito de frutos obtenidos con violación del derecho del titular inscrito.

f) Medidas conducentes a que el desalojo de la vivienda no se demore excesivamente una vez dictada la sentencia.

La LEC permite la posibilidad de alzamiento de las medidas acordadas, comprometiéndose el sujeto pasivo a indemnizar los daños y perjuicios que puedan ocasionarse al actor, ofreciendo a tal fin caución o aval bancario suficientes para responder de los mismos (art. 1428.V). Opinamos que, esta posibilidad en el proceso del art. 41, podría ejercitarse siempre que, la petición que formula el sujeto pasivo no suponga un acto de causación unilateral, vinculante para el Juez. De lo contrario podría “frustrarse en todo caso la inicial tendencia de estas medidas a asegurar un cumplimiento específico de la sentencia”<sup>54</sup>, garantizando en su lugar una ejecución en forma genérica.

#### 4. Cualquier otra que fuera procedente según los casos” (137.3<sup>a</sup>).

Podemos pensar, a primera vista, que esta expresión es redundante con la amplitud de posibilidades que representa el art. 1428 LEC<sup>55</sup>, ya tratado más arriba. Y no es que carezca de razón tal apreciación, sobre todo si entendemos que el art. 1428 LEC constituye la norma de cierre del sistema tutelar cautelar, por lo que realizando una interpretación en tal sentido -y amplia- del precepto tendríamos que concluir que la mencionada expresión carece de sentido. No obstante, podemos apuntar una posible explicación a esta aparente redundancia.

En el momento de la redacción de la Ley Hipotecaria (1946) y del Reglamento Hipotecario (1947) el sistema de la tutela cautelar no gozaba ni del desarrollo ni de la implantación que a partir de los años setenta empezó a cobrar no sólo entre la doctrina procesal sino también en la aplicación por los Tribunales. De ahí, que pueda señalarse un cierto desconocimiento práctico e incluso científico de las medidas cautelares en aquellos momentos.

<sup>54</sup> ORTELLS RAMOS, M., con CALDERON CUADRADO, M<sup>a</sup>.P., La tutela judicial cautelar en el Derecho Español. Granada, 1996, pág. 151.

<sup>55</sup> RODRIGUEZ-SOLANO ESPIN, F., *El proceso del art. 41 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1953, pág. 205.

SALAMERO CARDO, en este sentido, comenta “ Un cotejo o comparación entre el artículo que acabamos de transcribir y el final de la regla tercera del artículo 137 RH nos sugiere la apreciación de una clara redundancia, pues o sobra el mencionar entre las medidas aplicables las del artículo 1428, o sobra el referido final de la citada regla tercera, ya que no vemos qué diferencia existe entre .... La diferencia entre ambas expresiones, si es que existe, es tan mínima que creemos no justifica lo que estimamos una repetición, totalmente innecesaria” (SALAMERO CARDO, J., *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1963, pág. 448).

En concreto, refiriéndonos a las medidas cautelares indeterminadas del art. 1428 LEC podríamos aventurar que siempre se recurría a ellas con cierta prevención por lo que representaban de novedoso. Además la concepción que se tenía de las mismas distaba mucho de considerar que constituyeran un precepto que otorgase al juzgador un poder amplio para poder adoptar cualquier medida a falta de una medida cautelar típica.

Por el contrario, se partía de una visión reducida de las posibilidades que ofrece el art. 1428 LEC, limitando su ámbito de aplicación a supuestos de obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa determinada *sensu stricto*.

Además, debemos tener en cuenta otro referente, y es la concreción que en el Reglamento Hipotecario (art.137.3<sup>a</sup>) se realiza de la previsión de medidas cautelares en la Ley Hipotecaria (art. 41.II). En el art. 41.II LH, y de modo genérico, se recoge la posibilidad para el actor de “instar las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere”. En consecuencia lógica a la hora de desarrollar este precepto en el Reglamento, el legislador si bien concretó en una serie de medidas cautelares tal potestad (arts. 1419, 1663 y 1428 LEC) no quiso limitar este mandato, concluyendo el art. 137.3<sup>a</sup> RH con el inciso de “cualquiera otra que fuera procedente según los casos”. Respondiendo en parte a la concepción reducida que del art. 1428 LEC entonces se tenía y que no respondía a ese carácter residual y de cierre del sistema cautelar que hoy en día se propugna de las mismas.

Opinamos que en el art. 137.3<sup>a</sup> RH se intentó reflejar la intención del legislador, latente en el art. 41.II LH, de ofrecer al demandante una tutela cautelar completa.

Partiendo de esta explicación de la presencia redundante del art.137.3<sup>a</sup> RH con el contenido del art. 1428 LEC y suscribiendo esta circunstancia trataremos de desarrollar la virtualidad que, no obstante posee. Consiste, a nuestro juicio, en permitir la adopción de medidas cautelares típicas, que de no existir tal inciso, haría necesario acudir a la vía del art. 1428 LEC para intentar alcanzar los efectos que tales medidas producen. En concreto, al amparo de este inciso del art. 137.3<sup>a</sup> RH podrá solicitarse una anotación preventiva de demanda, un secuestro judicial, un embargo preventivo, etc.

#### **a) Anotación preventiva de demanda.**

Está prevista -entre otras situaciones- para cuando se ejercitan acciones reales sobre bienes inmuebles registrados (art.42.1<sup>o</sup> LH), traduciéndose en el art. 139 RH con la expresión: “el que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real”. Tratándose por tanto, de la anotación de demanda cuando se ejercite una acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos.

Si bien es cierto que, en puridad, éste no es el supuesto que presupone el art. 41 LH, en el que están legitimados activamente quienes tienen título inscrito contra quienes sin título inscrito ejercitan los derechos de aquéllos, no es menos cierto que en el propio art. 41 LH se recoge como causa de oposición en este proceso “que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del contradictor”, o sea, se trataría de un supuesto de doble inmatriculación<sup>56</sup>.

En esta situación, entendemos que, al demandante-titular pueda interesarle solicitar una anotación preventiva sobre el asiento registral del contradictor -que ponga de

---

<sup>56</sup> Con carácter general, CLEMENTE MEORO señala, para los supuestos de doble inmatriculación de fincas, que “al titular registral puede resultarle más interesante promover el juicio correspondiente e instar la anotación de la demanda que solicitar la nota marginal prevenida en el art. 313 RH” (CLEMENTE MEORO, M., *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*, Valencia, 1997, pág. 31)

manifiesto la pendencia de un proceso sobre esa situación jurídica registrada- con el fin de enervar el peligro genérico que se desprende de la “operatividad de los principios de legitimación registral y buena fe respecto de terceros adquirentes a título oneroso que inscriban su derecho, es decir, la posibilidad de que se creen situaciones jurídicas irreversibles por el juego de la publicidad registral en perjuicio del demandante, máxime cuando la litigiosidad no empece el tráfico de los bienes litigiosos”<sup>57</sup>. En nuestro caso posiblemente, no se darían situaciones irreversibles, pues si se estima la demanda, el titular inscrito también está amparado por los principios a los que hemos aludido, pero tendría que iniciar de nuevo otro proceso contra el tercero adquirente de buena fe y que no fue ni oído ni vencido en juicio.

### **b) Secuestro de la finca.**

En ocasiones, la medida cautelar que, según las circunstancias es necesaria para asegurar el cumplimiento de la sentencia que recaiga en un proceso del art. 41 LH, podría consistir en los efectos que supone un secuestro *ex arts. 1785 y ss CC*.

Esto no es contradictorio con la posibilidad -contemplada expresamente en el art. 137.3ª RH- de solicitar una intervención judicial. Precisamente, porque la intervención judicial no tutela frente a todas las modalidades de peligro que sobre bienes inmuebles se ciernen.

Además el secuestro es una medida más amplia desde el punto de vista del conjunto de bienes que puedan ser objeto mediato de la citada cautela. Y así, por ejemplo, la intervención judicial tiene sentido cuando los bienes tienen la condición de productivos, limitación que no afecta al secuestro.

El secuestro se concreta en el nombramiento de un depositario o administrador judicial, y en la desposesión de los bienes del demandado, que pasan a ser gestionados por el administrador judicial.

En cuanto al modo de desempeñar la administración, el Código civil establece la obligación para el depositario de “cumplir respecto de ellos (los bienes secuestrados) todas la obligaciones de un buen padre de familia” (art. 1788).

Para llegar a adoptar esta medida, en nuestra opinión -drástica por la injerencia que supone en la esfera jurídica del demandado- debería concurrir un peligro de tal gravedad, que no pudiera ser conjurado con otras medidas menos gravosas para el demandado (por ejemplo, una intervención judicial, anotación preventiva o algún tipo de prohibición). De modo que, el Juez atendida esa especialidad de peligro, adoptaría un secuestro en tanto que fuera la única medida oportuna capaz de conjurarlo.

La adopción de un secuestro puede ser conveniente no sólo respecto de situaciones referidas a bienes inmuebles productivos, sino también respecto de bienes que por sus características requieran actos de gestión y conservación, por ejemplo, pisos vacíos, fincas agrícolas no explotadas, complejos industriales paralizados, etc. En estos casos una anotación preventiva de demanda sería insuficiente pues no tutela frente al riesgo de deterioro por falta de mantenimiento. En cambio mediante un secuestro, con la actuación del administrador, dicho riesgo quedaría neutralizado gracias a las actuaciones y gestiones tendentes a evitar el detrimento que los bienes pueden sufrir por falta de un mantenimiento o conservación adecuados.

---

<sup>57</sup> RAMOS MENDEZ, F., *La anotación preventiva de demanda*, Barcelona, 1980, pág. 123.