

## NOTAS SOBRE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS EN LA LEY 1/2000, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

JUAN CADARSO PALAU

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alcalá  
Abogado*

### 1. PRELIMINAR

La importancia de la fase de ejecución en el proceso civil no precisa ser encarecida. La aplicación del Derecho, y la tutela de los derechos, tienen en el proceso su momento culminante. En su fase declarativa, el punto final lo pone la sentencia, que dice el derecho y decide el litigio (dice decidiendo o decide diciendo, como escribió Hernández Gil)<sup>1</sup>. A veces basta con ella, de modo que, como sucede en el caso de las sentencias meramente declarativas y las constitutivas, el pronunciamiento satisface por sí solo la tutela esperada sin necesidad de ulteriores desenvolvimientos (son puramente eventuales y secundarios, aquí, los actos de la que se da en denominar ejecución «impropia»). No es que falte, en tales supuestos, toda repercusión más allá de la decisión en que la sentencia consiste, pero su eficacia o trascendencia se produce y agota en el plano de la realidad jurídica, sin incidencia en la realidad fáctica. Esta incidencia y esta transformación de los hechos y de la realidad resultan imprescindibles, en cambio, en las sentencias de condena, en cuanto ordenan transferencias de cosas o bienes, o imponen conductas o abstenciones.

Y es ahí donde la efectividad de la tutela de los derechos, que tiene que ser predicado del proceso entero, adquiere sin embargo su faceta más «vista-sa»<sup>2</sup> desde la óptica del litigante, pues es el momento en que el acreedor por fin cobra, el propietario recupera la finca reivindicada, el perjudicado logra la cesación de las inmisiones molestas, etc.

La preocupación por la efectividad del proceso en fase de ejecución fue ya subrayada en 1997 por el Libro Blanco de la Justicia, tras la constatación —bien que sobre la base de una pequeña muestra— de que «la fase de ejecución de la sentencia es superior a la fase de declaración», y que «sólo en la mitad de los casos se logra la satisfacción total de la ejecución»<sup>3</sup>.

No ha de extrañar, por ello, que el interés por la mayor efectividad de la ejecución resplandezca también en la trascendental reforma legal introducida por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, mediante la que se instaura una regulación de nueva planta del proceso civil, que bien puede ser calificada como reforma de «infraestructura» de nuestro ordenamiento jurídico. Su Exposición de Motivos no deja lugar a dudas sobre el propósito de hacer descender el proceso del plano ideal (basta de sentencias «pla-

<sup>1</sup> A. Hernández Gil: *La sentencia*, Comisión General de Codificación, Madrid, 1972, pág. 5.

<sup>2</sup> Cfr. Ch. Català Comas: *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, Barcelona, 1998, pág. 38 (n. 67).

<sup>3</sup> *Libro Blanco de la Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 159 y ss. Según la muestra analizada —se señalaba allí—, mientras la duración de los procedimientos en fase de declaración había sido de 7,63 meses [no imaginamos que se hubieran computado aquí declarativos de mayor cuantía, ni siquiera de menor cuantía], en cambio la ejecución había llegado a los 9,16 meses.

tónicas»<sup>4</sup>) al plano de lo «real»: es así que la reforma busca una «mayor capacidad de transformación real de las cosas»; que se pretende una «ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos»; y que se preconiza, en fin, «una resolución eficaz con capacidad de producir transformaciones reales en las vidas de quienes han necesitado acudir a los tribunales civiles».

Y, en efecto, la parte dispositiva ofrece en el Libro III una regulación nueva cuyo primer mérito ha de ser anotado en el plano de la técnica legislativa, pues de la asistemática, deficiente y dispersa regulación anterior se ha pasado a un sistema unificado y completo de la ejecución de títulos judiciales y extrajudiciales, sin perjuicio de la inevitable diversificación en algunos extremos, como en lo referente a las causas de oposición, o la ejecución frente al deudor solidario, o el régimen de impugnación por contradicción con lo ejecutoriado.

Por razón del contenido, la apuesta por la efectividad de la ejecución, denominador común de la nueva disciplina, concentra su mayor potencia en la ejecución provisional, que se generaliza y se libera de trabas.

Probablemente sería prematuro hacer balances, máxime cuando se trata, como se ha dicho, de una ley de infraestructura, cuyo impacto de mayor alcance ha de ser perceptible a largo plazo. Por el momento, aparte del empeño primariamente exegético que toda obra legislativa de alcance reclama, en el terreno de los hechos los «costes de transición» no pueden ser

menospreciados. Más allá del campo estricto de la ejecución, en términos generales estamos percibiendo algunas turbulencias en el despegue: habría que mencionar aquí el singular «edicto» de la Sala Primera del Tribunal Supremo anticipando criterios —restrictivos, por supuesto— sobre la admisión de la casación<sup>5</sup>; o los diversos acuerdos de juntas de jueces, aquí y allá, fijando criterios para determinar cómo se computan los plazos, o el régimen de presentación de escritos. Sobre las más variadas cuestiones procedimentales, la cautela ha difundido entre los operadores la pragmática interrogación, antes de dar un paso: ¿y qué piensa sobre esto el juzgado? ¿cómo se hacen las cosas en éste o en aquel «foro»? Y ni siquiera eso proporciona seguridad, porque no es descartable que un recurso bien fundado —en la ley— obligue a corregir una praxis desviada, destruyendo sin remedio los pasos guiados por ella<sup>6</sup>.

Incertezas inevitables, se dirá, en el rodaje de la nueva Ley. Es comprensible. Tras un período de adaptación, esas dificultades habrán sido superadas. Lo que queda por ver, a largo plazo, es el resultado de las opciones básicas que laten en la nueva Ley en cuanto al modelo de proceso —vale decir, el modelo de justicia, o el modelo de aplicación del Derecho— que acabará implantado en nuestro ordenamiento. Y aquí es inevitable reparar en la apuesta fundamental de la Ley por la «justicia de primera instancia», mediante la consagración de la ejecución provisional de las sentencias sin fianza, esto es, y para utilizar una expresión que muestra su perfil más cortante, mediante la ejecutividad «inmediata» de las sentencias de primera instancia<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> La expresión ya aparecía en la STC 34/1992, de 8 de febrero, Fdto. jco. 2.

<sup>5</sup> Acuerdo de la Junta General de Magistrados de la Sala Primera del TS de 12 de diciembre de 2000 (pocas fechas antes de la entrada en vigor de la LEC). Sobre él, véase Auto de la propia Sala 1.ª de 10 de julio de 2001 (pon.: Almagro Nosete), *La Ley*, 18 junio 2002, pág. 21.

<sup>6</sup> Ilustrativas son las vacilaciones en el régimen de transición en materia de ejecución provisional, en particular en cuanto a la devolución de las fianzas prestadas para la ejecución instada con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC. El Auto del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Valencia de 8 de marzo de 2001 deniega la devolución, aduciendo expresamente el «criterio sentado por la junta de jueces» para «ofertar una sola opinión frente a los profesionales». También denegó la devolución un Auto del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Aranda de Duero, pero esta decisión fue revocada por la AP de Burgos, Sección 3.ª, Auto de 29 de noviembre de 2001, para la que la devolución de la fianza procede sin problemas (en igual sentido, Auto de la misma AP, Sección 2.ª, de 30 de noviembre 2001). Por su parte, el Auto de la AP de Madrid, Sección 8.ª, de 15 de febrero de 2002, plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Disp. trans. 3.ª LEC, ante las dudas que su aplicación suscita en relación al principio de igualdad, a propósito de las fianzas prestadas antes.

<sup>7</sup> Literalmente, escribe J. Martí Martí que la nueva LEC «concede a los jueces de primera instancia la facultad de dictar sentencias inmediatamente ejecutivas» («La ejecución provisional de sentencias en los juicios de desahucio», *La Ley*, 25 junio 2002, pág. 16). La denominación de la ejecución provisional como ejecución «inmediata» la encontramos ya, entre nosotros, en F. Ramos Méndez, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1980, pág. 971.

Hay que anotar, por lo pronto, una ventaja inmediata en beneficio de la jurisdicción, y en detrimento del arbitraje, en cuanto se refiere a la expeditividad. Intocado en este punto el artículo 53 de la Ley de Arbitraje, el artículo 517.2.2.º sigue requiriendo el presupuesto de la firmeza para la ejecución de los laudos arbitrales. Recurrido el laudo en anulación, al favorecido sólo le cabe instar medidas cautelares para asegurar su efectividad. La ejecución propiamente dicha tendrá que esperar a la sustanciación de ese recurso ante la Audiencia Provincial. Así que la ventaja relativa, frente a la jurisdicción, de una cognición más breve, se esfuma al dictarse la resolución: mientras la sentencia es ejecutable de inmediato, el laudo habrá de esperar al pronunciamiento de la Audiencia<sup>8</sup>.

Pero la ejecución provisional o inmediata se nos ofrece, en una consideración de más hondo calado, como una opción antagónica en relación a los recursos, al derecho a los recursos. La eliminación del efecto suspensivo erradica, ciertamente, los recursos meramente dilatorios. Desincentiva también, sin embargo, los recursos eventualmente bien fundados, sobre todo en los casos difíciles y cuando la reprimación de la situación anterior a la ejecución consumada puede preverse imposible o muy difícil. Justicia pronta y expeditiva, sí. Pero, ¿mejor justicia? Si no olvidamos que la depuración de las sentencias incorrectas tiene en el recurso su instrumento inexcusable, parece lícito abrigar cierta preocupación sobre la repercusión que, para la aplicación del Derecho en términos generales, pueda tener la nueva regulación del proceso civil.

## 2. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL, PIEZA CLAVE DE LA REFORMA

He aquí, ciertamente, la pieza clave de la reforma: la liberación de trabas, y consiguiente generalización, de la ejecución provisional o inmediata de las sentencias de primera instancia. Dispone el artículo

526 LEC que, salvo en el caso concreto de las sentencias que enumera el artículo 525, la regla es que «quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, *sin simultánea prestación de caución*, pedir y obtener su ejecución provisional».

En esa compendiada fórmula, que generaliza la posibilidad de ejecución inmediata y suprime la caución antes exigida, se encuentra el principio activo de un régimen que para algunas opiniones doctrinales ha merecido los calificativos de «plausible», «valiente» y hasta «revolucionario».

La propia Exposición de Motivos nos presenta la nueva regulación como «cuna de las principales innovaciones», y encarece su efecto potenciador de la justicia de primera instancia hasta el punto de que, de no ser por ella, apenas habría cabido «algo distinto de una reforma de la LEC en cuestiones de detalle». En pro de la innovación, se aducen allí una serie de razones merecedoras de alguna breve glosa.

Así, se proclama en primer término una «decidida opción por la *confianza* en la Administración de Justicia y por la importancia de su *impartición en primera instancia*». Algo llamativo resulta el razonamiento en que se basa esta confianza: es que —se nos viene a decir— no hay razones para desconfiar. «Ni las estadísticas disponibles ni la realidad conocida por la experiencia de muchos profesionales —jueces, magistrados, abogados, profesores de derecho, etc.— justifican una sistemática, radical y general desconfianza en la denominada Justicia de primera instancia». Podríamos ver aquí, más que una demostración, una opinión y una toma de partido, expresadas además en términos algo difusos. Difusa es la apelación a «la experiencia de muchos profesionales», e inconcreta la invocación del dato estadístico<sup>9</sup>. Y la refutación de la generalizada desconfianza obje-

<sup>8</sup> No parece haber sido generalmente secundada la interesante hipótesis propuesta por M.A. Fernández-Ballesteros, según la cual la referencia legal a los laudos «firmes» constituye un pleonismo, porque todo laudo, por definición, es firme (no son recursos, sino meras acciones rescisorias, el denominado recurso de anulación y el de revisión), de modo que también los laudos serían susceptibles de ejecución provisional (en AA.VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Madrid, págs. 2455 y ss., citando en el mismo sentido a Sabater Martín). Tal vez se atribuye así una trascendencia excesiva a lo que sería una impropiedad terminológica o técnica, en pugna con una «voluntas legis» que parece clara, en ausencia de una derogación expresa de disposiciones de la Ley de Arbitraje en extremo tan importante, y que resulta además confirmada por la omisión de toda referencia a los laudos en la regulación de la ejecución provisional (arts. 524 a 537), en contraste con las reiteradas menciones que, en cambio, se encuentran en sede de ejecución definitiva (arts. 542, 545.2, 556, 557, 559.1.3.º)

<sup>9</sup> Es llamativo que en el *Libro Blanco de la Justicia*, no se recojan datos sobre extremo tan importante.

ta su justificación, pero no niega precisamente su existencia, sino que acaso parte de ella. Contrastaría ello, entonces, con esa experiencia de muchos profesionales de aparente signo diverso. Lo cierto es que tampoco faltan testimonios reveladores de una percepción menos optimista en este punto<sup>10</sup>.

Añade la Exposición de Motivos que apenas cabían simples reformas de detalle «si no se hiciera más efectiva y se responsabilizara más a esa justicia de primera instancia»: si la efectividad se nos presenta desde luego como clara secuela de la nueva ejecución provisional, es lícito que nos preguntemos en cambio dónde queda esa «responsabilización» que se aduce en paralelo, y que acaso encontramos hoy tan necesitada, también, de auténtica efectividad. No puede dejar de llamarnos la atención, a ese propósito, el desconcertante derrotismo con que concluye el apartado XVI de la Exposición de Motivos, al decir que «una supuesta o real falta de calidad» en el quehacer judicial (repárese en la alternativa concesiva) sería en todo caso un defecto que «ninguna ley podría remediar». Una confesión de pesimismo semejante, ni se entiende ni se puede compartir. La ley tal vez no sea el factor único (hay factores culturales y sociales que innegablemente condicionan o influyen en el nivel y el grado de calidad de la justicia), pero sí es un instrumento de primer orden, e irrenunciable, para garantizar la calidad y seriedad del trabajo de los jueces y del producto de ese trabajo que son las sentencias.

Tras esa proclamada confianza básica en que la opción legislativa se sustenta, la Exposición de Motivos añade algunas consideraciones que abundan en pro de la solución acogida, como la minimización del riesgo de revocación de la sentencia (el peligro «puede ser mínimo en muchos casos», sin más precisión) y la posibilidad que en ese caso tiene el ejecutado de acudir al procedimiento de apremio para obtener la restitución del ejecutante (previsión sin duda eficaz, siempre que el ejecutante sea en ese momento solvente); o el parangón con la ejecutividad inmediata de los actos y resoluciones de las Administraciones Públicas (donde, sin embargo,

existe una protección cautelar, como la propia Exposición de Motivos reconoce, que falta en cambio aquí; aparte de la diversidad patente entre el interés por la eficaz gestión de los servicios y asuntos públicos que tiene confiada la Administración, frente al interés puramente privado del ejecutante civil; diversidad que no es menos evidente, entre la Administración y los particulares, en cuanto a los riesgos de revocación o insolvencia del ejecutante<sup>11</sup>); o la «necesaria protección del crédito» (cabría añadir de los derechos en general, puesto que las sentencias de condena no restringen su ámbito a los derechos de crédito: la condena favorable a un reivindicante también es provisionalmente ejecutable); o la suposición de que la reforma deparará, por descontado, «muchos más beneficios directos que perjuicios o casos injustos» (donde resulta un tanto imprecisa la entidad de los términos en comparación).

La relación de méritos de la radical innovación «proyectada» (*lapsus* de la Exposición de Motivos, pues se dice así en un cuerpo legal promulgado) se cierra con la predicción de ciertos llamados «efectos colaterales» a anotar en el haber de la reforma. Se espera, en primer lugar, un «cambio de mentalidad en los pactos (...) para acordarlos con ánimo de cumplirlos». Nadie puede estar en desacuerdo con la idea de que un sistema procesal más perfeccionado redunde en un mayor respeto a los pactos, desde luego. Mas cabe algún reparo si ese estímulo al cumplimiento se hace radicar en lo expeditivo de la justicia, pues expeditividad no es sinónimo de solución justa. Si el horizonte de los contratantes es el de una sentencia pronta, pero tal vez incorrecta, ¿con qué seguridad se van a celebrar los pactos? Pues no hay seguridad si no hay, en rigor, previsibilidad del resultado del litigio posible.

Se espera también —segundo efecto colateral— un cambio de mentalidad en los pleitos, «para afrontarlos con la perspectiva de asumir seriamente sus resultados en un horizonte más próximo», lo que ha de suponer «la disminución de recursos con ánimo exclusivamente dilatorio». Pero no hay duda de que la efectividad inmediata de las sentencias ha de tener un efecto disuasorio general, no sólo res-

<sup>10</sup> J.M. Rifá Soler: «La ejecución provisional y las medidas cautelares», en *Jornadas sobre el Anteproyecto de LEC*, Barcelona, 1999, pág. 123, haciendo hincapié en el elevado número de sentencias de primera instancia que se revocan.

<sup>11</sup> En este último sentido, T. Armenta Deu: *La ejecución provisional*, Madrid, 2000, pág. 97 (n. 115).

pecto de los recursos que, careciendo de toda prosperabilidad, se interpongan con ánimo exclusivamente dilatorio. El efecto deterrente se dejará sentir también, como antes se señaló, en los casos difíciles, justamente allí donde el recurso puede contribuir más incisivamente a corregir prácticas desviadas, a despejar zonas de duda interpretativa, a trazar guías de rigor en la aplicación del derecho. Ciertamente que no hay un derecho constitucional a la doble instancia en el proceso civil<sup>12</sup>, pero también lo es que, si el derecho a la ejecución de las sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, ello es «única y exclusivamente predicable de la sentencia que sea firme»<sup>13</sup>, de modo que la ejecución provisional es también de configuración legal. La cuestión se desenvuelve, por tanto, en el plano de la política legislativa ordinaria, donde intervienen criterios políticos o de oportunidad, como tales revisables y siempre discutibles.

### 3. ASPECTOS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

Un tratamiento sistemático y completo de la fronda de problemas que suscita el régimen jurídico de la ejecución provisional excede, obviamente, de las reducidas dimensiones de este trabajo, en el que sólo cabe espigar algunas de las cuestiones merecedoras de glosa, como las que se abordan en las líneas que siguen.

#### 3.1. La supresión de la fianza

Conforme al artículo 526 LEC, el favorecido por una sentencia de condena dictada en primera instancia «podrá, *sin simultánea prestación de caución*, pedir y obtener su ejecución provisional». He aquí, podríamos decir, la novedad clave, el resorte decisivo del que arranca la potenciación de la ejecución provisional. La eliminación de la exigencia de caución remueve lo que, al decir de muchos, constituía el principal escollo para la efectividad inmediata de las sentencias de primera instancia en la disciplina anterior.

<sup>12</sup> Cfr. Armenta Deu: *op. cit.*, págs. 20 y ss. El T.C. ha señalado repetidamente que el derecho a los recursos es un derecho de configuración legal (SSTC 14/1983, 26/1983, 90/1983, 218/1989, 73/1990, 177/1991), así como que, excepción hecha del proceso penal, en las demás ramas del derecho la tutela judicial efectiva se defiende suficientemente con una sola instancia (cfr. G. Moliner Tamborrero: «Los recursos en la ejecución», en AA.VV., *Puntos críticos en la ejecución de sentencias*, «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1999, págs. 279 y ss.).

<sup>13</sup> STC 198/1994.

<sup>14</sup> Armenta Deu: *op. cit.*, pág. 31 Véase, asimismo, M. Aguilera Morales: «Aproximación a la ejecución provisional y definitiva desde su regulación en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», *Tribunales de Justicia*, 2000/7, pág. 790, y autores que allí cita.

Es casi un lugar común la apreciación de que la exigencia de caución dejaba la ejecución provisional reducida a privilegio de los poseedores de recursos económicos<sup>14</sup>. Parece apropiada aquí una doble observación. En primer término, no hay que olvidar que la exigencia de caución obedecía primariamente a la protección del ejecutado provisional, para asegurarle las posibilidades de recuperación en caso de revocación de la sentencia ejecutada; la supresión de aquel «privilegio» supone asimismo privación de aquella protección. El reproche de «privilegio», en segundo término, y para ser coherentes, debiera proyectarse de igual forma —cosa que a nadie se le ocurre— sobre otros supuestos en que la disciplina positiva se sirve igualmente del instrumento de la caución, y baste como ejemplo el del artículo 728.3, para el solicitante de medidas cautelares (¿por qué no decir que las medidas cautelares son privilegio también de acomodados?), o el del artículo 528.3.II, para el ejecutado que formula oposición a medidas ejecutivas concretas en caso de ejecución provisional de condena dineraria.

#### 3.2. Ejecución provisional y Registro: sentencias meramente anotables

Dentro de las disposiciones generales que se dedican a la ejecución provisional de las resoluciones judiciales, el artículo 524.4 establece que, «mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos fijados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos».

La colocación sistemática del precepto hace pensar que estamos ante un supuesto de ejecución provisional de contenido o alcance simplemente restringido, aunque ello se puede poner en duda si se conecta esta previsión con lo establecido por el

artículo 521, conforme al cual no son ejecutables (ejecución en sentido propio), ni definitiva ni —por tanto— provisionalmente, las sentencias meramente declarativas ni las constitutivas, que son las que más naturalmente —no de manera exclusiva— entrarán en el supuesto de disponer o, como mínimo, permitir la inscripción o cancelación de asientos registrales. Sin embargo, como es sabido, esta clase de sentencias es susceptible de medidas denominadas de ejecución «impropia», entre las cuales se encuentra justamente la contemplada en el apartado 2.º del mismo artículo 521: «las sentencias constitutivas *firmes* podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución». Luego, la coordinación es posible en cuanto que los asientos registrales definitivos (inscripción, cancelación) tienen como presupuesto la firmeza de la sentencia, tras la cual se practicarán sin necesidad de despacho de ejecución (estamos fuera de la ejecución propiamente dicha); antes de la firmeza, sólo cabe al asiento provisional que es la anotación preventiva (artículo 524.4), por más que, si aquí sí es necesario el despacho de ejecución, tal vez puede hablarse de una ejecución provisional «impropia». Téngase en cuenta, sin embargo, que, respecto de las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil, típicamente inscribibles en el Registro Civil (cfr. artículo 755 LEC), el artículo 525.1 establece que «no serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional».

En cualquier caso, la razón de la mera anotabilidad de los pronunciamientos con repercusiones registrales, mientras no sean firmes, parece encontrarse, según opinión común, en la estabilidad que las situaciones registrales requieren, sin la cual la seguridad inherente al sistema de publicidad registral se vería seriamente mermada: la LEC no ha querido perturbar aquí la disciplina legal registral que preserva los asientos existentes frente a sentencias todavía no firmes (así, artículo 82 LH), como resulta asimismo de lo establecido por el artículo 522.1 LEC, que al proclamar el deber de acatamiento de

las sentencias constitutivas por todas las personas y autoridades, «especialmente las encargadas de los Registros públicos», hace la salvedad expresa de que «existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica». Así pues, y dado que está aquí presente el interés general por la seguridad a que sirve el sistema de publicidad registral, no pueden compartirse algunas críticas dirigidas a la opción legislativa, en el sentido de que no hay méritos en este campo para apartarse del criterio general que, en materia de ejecución provisional, mira a la reparabilidad o irreparabilidad del perjuicio, por lo que debiera bastar con el régimen de caución del artículo 529.3<sup>15</sup>: el razonamiento podría valer en la óptica exclusiva de los intereses individuales de ejecutante y ejecutado, pero prescinde de la ponderación de ese interés general, que está en la base de la norma.

La regla del artículo 524.4 no restringe el ámbito de las sentencias a que se aplica, y hay que entender que se comprenden en él no sólo las sentencias merodeclarativas y las constitutivas, sino también las de condena, en tanto contengan algún pronunciamiento (y éste debería ser el único afectado, si es que hay otros en la sentencia, en sentido similar a lo que previene el artículo 521.3) que disponga o permita los asientos registrales en cuestión: cabe pensar en la condena al vendedor de inmueble a que inscriba su título para facilitar la inscripción del comprador.

«Disponer o permitir» inscripciones o cancelaciones no comprende los asientos que de cualquier modo traigan causa de la sentencia, sino sólo los que directamente deriven o puedan derivar de ella; no los que puedan ser consecuencia mediata, al modo, por ejemplo, de los actos de realización forzosa de bienes para la satisfacción de una condena dineraria<sup>16</sup>.

Se puede advertir, en fin, que la anotación preventiva de sentencia a que se refiere el artículo 524.4 puede resultar innecesaria, por redundante respecto de una anotación preventiva de demanda ya obtenida y todavía vigente.

<sup>15</sup> Referencias, en Armenta Deu: *op. cit.*, págs. 61 y ss.

<sup>16</sup> Cfr. G. García-Rostan Calvin: «La revocación de sentencias de primera instancia ejecutadas provisionalmente», *La Ley*, n.º 5584, 10 julio 2002, pág. 2 (n. 8); L. Bachmaier Winter: «La ejecución provisional en la LEC 1/2000», *Otrosí*, Suplemento Marzo de 2001, pág. 12.

### 3.3. Supuestos de inejecutabilidad provisional: las condenas a emitir una declaración de voluntad

Restringida la ejecución provisional a las sentencias de condena (ya se vio que, conforme al artículo 521, no son ejecutables las merodeclarativas y las constitutivas), el artículo 525, incurriendo en alguna parcial redundancia con lo ya previsto en el anteriormente citado, dispone que no serán «en ningún caso» susceptibles de ejecución provisional: 1.º) las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso; 2.º) las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad; 3.º) las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial; y 4.º) las sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los Tratados internacionales vigentes en España».

Detengámonos en el caso contemplado en el apartado 2.º, que se refiere a las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad. Las razones propuestas para la justificación de esta excepción suscitan alguna observación.

Algunas opiniones la fundan simplemente, de un modo un tanto circular, en la peculiar naturaleza de la condena<sup>17</sup>, o en el carácter personalísimo de la prestación, que, se dice, no se estima susceptible de una actividad sustitutoria provisional<sup>18</sup>. Aparecen aquí imbricados dos aspectos que parece conveniente discernir, como son el carácter personal de la prestación de hacer y la sustituibilidad provisional. La prestación es sustituible o no lo es. Si lo es —y se ha optado por que definitivamente lo sea, véase artículo 708—, entonces queda por explicar por qué no ha de serlo provisionalmente, cuya razón no puede radicar meramente en el carácter personal.

Probablemente está más próxima a la «ratio» la consideración del problema de seguridad jurídica que se plantea con la creación de una situación jurídica interina y claudicante, en cuanto los efectos jurídicos de la declaración de voluntad provisionalmente emitida quedarían a expensas del resultado del recurso pendiente y de una eventual revocación. Se añade a ello la difícil reparación o reposición de la situación originaria, tras el cambio que se habría operado y la necesidad de protección de los terceros de buena fe que eventualmente hubiesen adquirido en base a aquél<sup>19</sup>.

Puede observarse, sin embargo, que el problema de seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas puede suscitarse igualmente cuando la condena consiste en una atribución o transferencia patrimonial, cuya ejecución provisional genera la misma situación claudicante. Piénsese en la sentencia que condena a entregar la cosa vendida, teniendo esa entrega valor traditorio y por tanto traslativo del dominio. En el caso de tratarse de una transmisión inscribible, la posibilidad de anotación preventiva prevista en el artículo 524.4 (que sería excesivo considerar excluyente de la ejecución provisional de la condena a entregar la cosa) procuraría una barrera de protección frente a terceros, de modo que desaparecería este obstáculo a la restauración de la situación originaria en caso de revocación. Pero cabe pensar también en el supuesto de condena a entrega de bien mueble, cuya ejecución provisional proporcionaría al ejecutante una investidura posesoria apta para la realización de actos de disposición inatacables o irreversibles. Y aquí, pese a ello, no está excluida la ejecución provisional (cosa distinta es que el indicado riesgo pueda ser esgrimido por el ejecutado en vía de oposición conforme al artículo 528.2.2.ª, lo que igualmente cabría en las condenas a emitir declaraciones de voluntad, que, sin embargo, están sustraídas «a limine» a la ejecución provisional).

Hay una perspectiva que quizá puede contribuir a la mejor comprensión de la excepción que nos ocupa, y es la de la posible homogeneidad de la

<sup>17</sup> F. Cerdón Moreno: *El proceso de ejecución*, Pamplona, 2002, pág. 66.

<sup>18</sup> T. Armenta Deu: *op. cit.*, págs. 72 y ss., con cita de C. Rubido de la Torre: «La ejecución judicial en el Proyecto de LEC de 1998», *Actualidad Civil*, 1998. Asimismo, F. Lacaba Sánchez: «Ejecuciones de sentencias en la nueva LEC», *La Ley*, n.º 5510, 26 de marzo 2002, pág. 3.

<sup>19</sup> En este sentido, I. Díez-Picazo Giménez, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, pág. 907; M. Aguilera Morales: «Aproximación...» *cit.*, pág. 792.

situación jurídica interina creada por la ejecución provisional con la que debería resultar de la ejecución definitiva. Y, desde esta perspectiva, se advierte que una y otra son inconciliables, esto es, que no concurre esa homogeneidad, habida cuenta de la condición resolutoria que pende por la eventualidad de la revocación de la sentencia. ¿Cómo incorporar a la declaración de voluntad esa condicionalidad o provisionalidad? De una lado, no parece que se pueda imponer al ejecutado, con carácter provisional, una declaración pura; de otro lado, una declaración que no sea pura, no es ya que no resultaría satisfactoria para el ejecutante, aunque eventualmente pudiera interesarle: es que ni siquiera se ajustaría al título ejecutivo, esto es, a la sentencia condenatoria.

Se ha propuesto aisladamente alguna vía colateral de ejecución para el tipo de sentencias de que se viene tratando: nada obstaría —se dice— a que esta ejecución, «convertida en pecuniaria» por negarse el ejecutado a emitir voluntariamente la declaración de voluntad, se ejecutara provisionalmente<sup>20</sup>. Parece que semejante hipótesis debe ser descartada con la sola consideración de que la conversión de la condena en pecuniaria es imposible si no ha empezado, a su vez, la ejecución, por lo que estamos ante una petición de principio. Sin embargo, el planteamiento de la referida hipótesis nos pone sobre la pista de una interesante cuestión a explorar o sondear: ¿podría dejarse «preconstituida», en la propia sentencia, esa conversión mediante la fijación de un plazo para la emisión de la declaración de voluntad, a contar desde la notificación de la sentencia? Aquí entramos en el resbaladizo terreno de las que cabe llamar «previsiones ejecutivas anticipadas» a las que se abre un portillo en el artículo 709.4, relativo a las condenas de hacer personalísimo («cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor... se estará a lo dispuesto en aquél»; en el mismo sentido, para las condenas de hacer no personalísimo, artículo 706.1.II). Pero hay que resolver si tales previsiones son de aplicación también en el supuesto del artículo 708 («condena a emitir una declaración de voluntad»). En términos lógicos, así debiera ser, porque ese hacer, o es personalísimo (y entonces se le aplica el artículo 709.4), o es no personalísimo (y se aplica

el artículo 706.1.II): «tertium non datur». No parece, con todo, que por esta vía pudiera nunca desplazarse el juego del artículo 525.1.2.º, que veda el inicio (provisional) de la ejecución, de modo que la conversión de la condena fundada en esas previsiones ejecutivas «anticipadas» no debería poder entrar en juego más que a ejecución iniciada.

#### 3.4. Cuestiones de legitimación. Partes y sujetos de la ejecución

El artículo 526 LEC contiene una previsión específica sobre legitimación para pedir la ejecución provisional, atribuyéndola a quien «haya obtenido un pronunciamiento *a su favor* en sentencia de condena dictada en primera instancia», y luego el artículo 527.3 insiste en que el tribunal denegará el despacho cuando la sentencia «no contuviere pronunciamiento de condena *en favor* del solicitante». Pero hay que hacer una integración doble. Por un lado, en cuanto que, pese a aludir sólo a la ejecución de las sentencias de primera instancia (como corresponde además a la ubicación sistemática dentro del capítulo a ellas dedicado), tales previsiones son igualmente referibles a las sentencias de condena dictadas en segunda instancia, como confirma además la remisión expresa del artículo 535.1. Por otro lado, hay que advertir la existencia de un «continuum» en materia de legitimación entre la ejecución provisional y la definitiva, como confirma la previsión general del artículo 524.2, al decir que la ejecución provisional «se despachará y llevará a cabo del mismo modo que la ordinaria», y también el apartado 3 del mismo artículo, que atribuye a las partes de la ejecución provisional «los mismos derechos y facultades procesales» que les asisten en la ordinaria.

Como es obvio, la ejecución provisional no puede pedirla más que quien pudiera pedir, llegado el momento, la definitiva. En cuanto a ésta, el artículo 538, que comienza en su apartado 1 con una determinación puramente formal de la parte activa («la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución»), en el apartado 2 no alude al ejecutante más que como «quien aparezca como *acreedor* en el título ejecutivo», recortada mención que comprenderá los casos más abundantes o frecuentes de sentencias de condena (acciones persona-

<sup>20</sup> L. Bachmaier Winter: «La ejecución provisional...» cit., págs. 9 y ss.

les derivadas de derechos de crédito), pero no los únicos. Baste poner como ejemplo la ejecución de la restitución por el reivindicante, o por el poseedor despojado, que no son en rigor acreedores.

La referencia específica, en materia de ejecución provisional, al *beneficiario* del pronunciamiento de condena tiene estrecha relación con los problemas que había planteado en la regulación anterior la alusión exclusiva a «la parte apelada», lo que dejaba en descubierto al apelante favorecido por una estimación parcial, o al apelante adhesivo. Tales problemas deben considerarse resueltos, al permitirse ahora al beneficiario de un pronunciamiento instar la ejecución provisional, con independencia de su posición como apelante principal o adhesivo en cuanto a otros pronunciamientos.

Pero esa misma mención del «favorecido» por el pronunciamiento puede plantear interesantes cuestiones en algún caso. Por ejemplo, en el de las acciones de nulidad radical o absoluta, en que, como es sabido, el círculo de legitimados es amplio y comprende a los terceros interesados. Cabe pensar en el supuesto de un socio que pide y obtiene la declaración de nulidad de una enajenación realizada por la sociedad a la que pertenece, con la consiguiente condena del adquirente a restituir el objeto de la enajenación a la sociedad enajenante. Parece que el dictado del artículo 526 LEC no permitiría al actor instar la ejecución de este pronunciamiento de condena a restituir, cuyo favorecido no es él sino la sociedad enajenante.

Del lado pasivo, interesa detenerse en alguna de las previsiones que se contienen, ya en sede de ejecución ordinaria o definitiva, en el artículo 538 (*partes y sujetos de la ejecución forzosa*). Conforme a su apartado 2, la ejecución, además de frente a quien aparezca como «deudor» en el título ejecutivo (expresión que, por lo antes dicho, hay que referir al condenado, cuando de títulos jurisdiccionales se trate), podrá despacharse contra: «2.º) quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado mediante documento público»; y «3.º) quien, sin figurar como deudor en

el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución se concretará, respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos». La previsión del apartado 2.º, que alude sin duda al fiador personal y también, posiblemente, a un deudor solidario, está lógicamente pensada sólo para los títulos ejecutivos extrajudiciales, como resulta sin duda, en cuanto al deudor solidario, del artículo 542.1, que impide la ejecución de sentencias contra deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso (véase, en cambio, el apartado 2 del mismo artículo respecto de títulos extrajudiciales). El apartado 3.º parece aludir al tercer poseedor o al hipotecante no deudor (véase artículo 685), tal vez también al adquirente de una vivienda o local por razón de la afección del artículo 9.1.e).III LPH.

Pero, a continuación, el mismo artículo 538 incluye este apartado 3: «También podrán utilizar los medios de defensa que la ley concede al ejecutado aquellas *personas frente a las que no se haya despachado la ejecución, pero a cuyos bienes haya dispuesto el tribunal que se extienda* por entender que, pese a no pertenecer dichos bienes al ejecutado, están afectos los mismos al cumplimiento de la ejecución por la que se proceda».

La razón de ser y el alcance de la transcrita previsión suscitan dudas. Parece claro, desde luego, que los sujetos ahí contemplados no tienen la condición de parte (que sólo cabe a los enumerados en el apartado 2, y de ahí la diferencia trazada en la rúbrica del artículo entre «partes y sujetos»), y que la condición de afectados la tienen sobrevenidamente, extremo este último que, por cierto, ha sido señalado como la «única diferencia» respecto del supuesto contemplado en el número 3.º del apartado 2<sup>21</sup>, pero entonces no se ve bien la razón para no atribuir a estos terceros no inicialmente afectados la misma condición de parte, una vez que la ejecución les alcance, que se confiere a los del número 3.º del apartado 2<sup>22</sup>. Adviértase, además, que no estamos tampoco en el caso de la tercera, porque el supuesto de ésta, que

<sup>21</sup> F. Cerdón Moreno: *op. cit.*, pág. 104; C. Senés Motilla: *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*, Madrid, 2000, págs. 70 y ss.

<sup>22</sup> J. Banaloché Palao, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, pág. 930.

constituye cauce autónomo de defensa del afectado, es el del dueño de un bien embargado *como perteneciente* al ejecutado (artículo 595.1), mientras que aquí la ejecución se extiende «a sabiendas» de que el bien no pertenece al ejecutado (contra lo que exige indeclinablemente el artículo 1911 CC), sino al tercero.

La cuestión que la previsión en examen obliga a plantearse es cuál puede ser la «afección» que permitiría al tribunal, una vez despachada ya la ejecución, dirigirla o extenderla contra bienes de terceros distintos del ejecutado, hipótesis que la norma no contempla como una anomalía, sino como algo normal y posible. ¿Hay aquí un portillo para el levantamiento del velo de la personalidad en fase de ejecución? Se trata de una hipótesis que seguramente se debe descartar, pues no parece que se pueda recurrir a ese expediente sin las garantías que ofrece un proceso declarativo.

### 3.5. Ejecución provisional contra el condenado solidario. Problemas de regreso. Particular referencia a los pleitos sobre responsabilidad de los agentes de la edificación

El artículo 542 LEC ha venido a zanjar los problemas que la regulación anterior planteaba en el orden procesal en relación con la ejecución frente al deudor solidario. Derogado el artículo 1252 CC y la extensión de la cosa juzgada que en él se establecía a los obligados solidarios (lo que ha desaparecido en la regulación de la cosa juzgada material que ahora se contiene en el artículo 222 LEC), congruentemente el artículo 542 dispone que «las sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios *no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso*».

Merece destacarse que la nueva LEC, que regula la intervención provocada en el artículo 14, no ha derogado expresamente la llamada en causa que introdujo, en su ámbito de aplicación, la disposición adicional 7.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999, a cuyo tenor: «Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento

Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso», añadiendo el párrafo segundo que la notificación «incluirlá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que *no comparecieren*, la sentencia que se dicte será oponible y *ejecutable* frente a ellos». Parece que hay aquí, por tanto, una posible excepción a lo dispuesto en el artículo 542.1 LEC.

Con independencia del recurso a la llamada en causa y sus posibles efectos, merecen atención los problemas específicos que suscita la ejecución provisional cuando se promueve contra alguno o algunos de los condenados solidarios, hayan intervenido o no en el proceso declarativo la totalidad de los coobligados (reiteradísima jurisprudencia ha venido excluyendo en los casos de solidaridad el litisconsorcio necesario, con la relevante pero aislada excepción, para los supuestos de solidaridad «impropia», de la STS de 3 de noviembre de 1999). Los problemas se suscitan especialmente con las condenas a prestación de hacer, a cuyo respecto son paradigmáticas las sentencias con condena a reparar en los pleitos sobre responsabilidad en la construcción. El ejecutado provisional que acometa las obras de reparación tendrá verdaderas dificultades para preservar y, en su caso (caso que puede tardar considerablemente, en tanto no se decidan los recursos pendientes y posibles), emprender la acción de regreso contra los demás agentes corresponsables, máxime si éstos no han intervenido ni siquiera en el proceso declarativo: efectuada la reparación, será extremadamente difícil verificar y probar, en el pleito de regreso, la realidad, entidad y causa de los defectos determinantes de la condena, que ya habrán sido reparados. Adviértase que, en vía de oposición a la ejecución provisional, el artículo 528.2.2.<sup>a</sup> sólo permite al ejecutado aducir «imposibilidad» o «extrema dificultad» para la restauración de la situación anterior a la ejecución provisional en caso de que la sentencia condenatoria fuera revocada, sin tener en cuenta en manera alguna la extrema dificultad que pueda tener el ejecutado a la hora de emprender la vía de regreso. El supuesto es, si cabe, todavía más dramático en aquellos casos<sup>23</sup> en que alguno de los

<sup>23</sup> Que refiere F. Lacaba Sánchez: «Ejecución de sentencias ...» cit., *La Ley*, n.º 5511, 27 marzo 2002, pág. 5.

demandados ha sido absuelto en primera instancia, y luego es condenado en apelación solidariamente con los demás, cuando ya la sentencia de primera instancia está completamente ejecutada en vía provisional. El condenado en apelación no podrá ya oponerse a la ejecución provisional, y por su parte el ejecutado deberá promover, cuando la sentencia sea firme, su acción de regreso por el cauce declarativo que corresponda, con las dificultades más arriba apuntadas.

### 3.6. Reducción de la discrecionalidad judicial. Oposición y defensa del ejecutado

Un giro fundamental respecto de la legislación anterior ha consistido en reducir los márgenes de apreciación judicial en el momento inicial de acordar el despacho de ejecución (que el artículo 385 LEC 1881 reconocía), y transferir o endosar al ejecutado la carga de alegación obstativa al trámite de oposición, necesariamente posterior al despacho.

En el momento inicial, en efecto, las facultades de apreciación judicial se reducen a la verificación de los presupuestos de la ejecución provisional: a tenor del artículo 527.3, el tribunal «la despachará» salvo que a) se trate de sentencia comprendida en el artículo 525 (esto es: de las no provisionalmente ejecutables) o b) que no contenga pronunciamiento de condena en favor del solicitante (faltando condena, no hay ejecución propia, ni definitiva ni provisional; en cuanto al requisito de que el pronunciamiento sea «favorable» al solicitante, véase lo dicho *supra*, apartado 3.4). No cabe recurso alguno —sin perjuicio de la oposición ulterior— contra el auto de despacho, que se dicta «inaudita parte». Ahora bien, el régimen de traslado previo de escritos instaurado por el artículo 276 propiciará, en la práctica, la rápida presentación de alegaciones por el ejecutado, con el fin de «ilustrar» al tribunal, antes de que éste resuelva, sobre la eventual falta de concurrencia, al menos, de los presupuestos para el despacho. Semejante alegación anticipada carece de cobertura procesal, pero es obligado señalar que tampoco la hay en el régimen de la casación para alegaciones del recurrido sobre inadmisión antes de que la Sala decida la «puesta de manifiesto» que se previene en el artículo 483.3, y sin embargo en la práctica se vienen admitiendo tales escritos.

Ninguna otra consideración o apreciación, a efectos del despacho, le cabe hacer al tribunal: ni sobre la solvencia del ejecutante para el caso de eventual revocación de la sentencia<sup>24</sup>, ni sobre los visos de prosperabilidad del recurso interpuesto, algo que raramente apreciaría, por otra parte, el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida, y que ni siquiera tiene cabida en fase de oposición, por más que se pueda registrar alguna opinión y algún precedente de contrario signo.

El artículo 528 enumera y tasa las causas de oposición que puede esgrimir el ejecutado, pero es obligado entender que se trata de un «*numerus clausus*» en el estricto ámbito de la provisionalidad de la ejecución y con la mira puesta en las posibilidades de revocación, de modo que no se excluye, pues la ejecución provisional es ejecución al fin y al cabo, que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 524.3 («en la ejecución provisional de las sentencias de condena, las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ordinaria»), pueda también el ejecutado esgrimir las causas de oposición del artículo 556 y 559, así como impugnar las infracciones legales que se produzcan en el curso de la ejecución, conforme al artículo 562, y recurrir los actos contradictorios con la sentencia al amparo del artículo 563, todo lo cual se contempla en sede de regulación de la ejecución ordinaria o definitiva. Sería simplemente absurdo que el ejecutado provisional contara con menos garantías y medios de defensa que los que están disponibles cuando la sentencia ya es firme (absurdo que, sin embargo, bajo la regulación anterior, y en sede de casación, gozó de la cobertura de la jurisprudencia del TS, que denegaba la casación contra autos dictados en ejecución provisional a base del argumento literalista de que el artículo 1.687.2.º LEC 1881 hablaba de «ejecución» a secas sin mencionar la provisional).

El régimen de oposición en sede de ejecución provisional es mucho más estricto en el caso de las condenas dinerarias que en las demás: no cabe oposición a la ejecución en su conjunto sino sólo a actuaciones ejecutivas concretas, sobre la base además de que las mismas causarían una situación «*absolutamente imposible*» de restaurar o de compensar

<sup>24</sup> T. Armenta Deu, *op. cit.*, pág. 97.

económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios» (artículo 528.3)<sup>25</sup>.

Para las condenas de diferente contenido (entregas no dinerarias, prestaciones de hacer y de no hacer), la imposibilidad absoluta se rebaja a la mera imposibilidad o «extrema dificultad» de restauración de la situación, o de compensación económica, en caso de revocación. Puede, con todo, el ejecutante ofrecer caución para proseguir la ejecución (artículo 529.3), pero ello no impide que el tribunal estime la oposición si tal caución o fuese apta para restaurar la situación precedente o compensarla (artículo 530.2). Típicamente, se ha discutido sobre ello a propósito de la ejecución de sentencias de desahucio, en las que es muy visible la imposibilidad o extrema dificultad de repristinación de la situación, o de compensación en su defecto (en el caso de locales de negocio, el desalojo puede acarrear la destrucción del negocio mismo). Un contraste llamativo se produce, por cierto, con la exigencia de que el arrendatario recurrente siga pagando la renta para mantener el recurso interpuesto (artículo 449.2), que se concilia mal con un desalojo provisional que suspende o termina la prestación recíproca del arrendador<sup>26</sup>.

Con todo, la apreciación del tribunal sobre la concurrencia de las causas de oposición no debe

incluir, como se ha dicho, la ponderación sobre los visos de prosperabilidad del recurso o, lo que es lo mismo, de revocación de la sentencia<sup>27</sup>, lo que no sólo pugna con el efecto devolutivo del recurso (artículo 462) sino que distorsiona las causas mismas de oposición que la Ley contempla<sup>28</sup>.

Alguna observación merecen las *cauciones*. El artículo 528.3.II la exige al ejecutado que se opone a actuaciones concretas en el caso de condena dineraria, y el 529.3 faculta al ejecutante de condena no dineraria para ofrecerla en caso de oposición del ejecutado, pero exigiendo aquí<sup>29</sup> que, de prestarse en forma de aval, sea éste solidario y «pagadero a primer requerimiento», pues se busca garantizar «la inmediata disponibilidad» de la cantidad de que se trate, como expresamente advierte el precepto para cualquier otro medio de garantía. La introducción de esta modalidad de aval o afianzamiento «a primer requerimiento», con el que se asegura la efectividad del pago sin discusiones ni excepciones previas («solve et repete»), puede ocasionar indeseables vacilaciones y discrepancias de criterio a la hora de juzgar la suficiencia de esta forma de caución, como consecuencia de la falta de definición legal, pese a su amplia difusión en el tráfico<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> En principio, el mero desplazamiento patrimonial que la ejecución supone nunca sería, en sí mismo considerado, «absolutamente imposible» de restaurar o compensar. Se trata más bien, como razona I. Díez-Picazo Giménez (*op. cit.*, pág. 914), de otros daños inducidos o «consecuenciales» al desplazamiento patrimonial mismo. En los días en que estas líneas se escriben, es un caso de resonancia el de cierto semanario murciano, abocado al cierre con ocasión de la ejecución provisional de una cuantiosa indemnización acordada por el Juzgado de primera instancia n.º 4 de Murcia en pleito sobre derecho al honor.

<sup>26</sup> Cfr. V. Magro Servet: «La ejecución provisional de las condenas no dinerarias», *La Ley*, n.º 5269, 16 marzo 2001, págs. 1 y ss.

<sup>27</sup> Contra, J. Martí Martí: «La ejecución ...» *cit.*, pág. 16.

<sup>28</sup> Puede haber, con todo, casos límite que pongan a prueba el buen sentido judicial, y que exijan una prudente conciliación del estricto respeto a la legalidad (art. 1 LEC) con las exigencias de respeto a la buena fe y evitación del abuso (arts. 11.1 y 2 LOPJ, 247.1 y 2 LEC y 7 CC). Así, en el caso del Auto del Juzgado de primera instancia n.º 46 de Madrid, de 7 de marzo de 2002, en un supuesto en el que se pretendía la ejecución provisional cuando ya el TS había dictado cuatro sentencias sobre el fondo en casos iguales al de la ejecución pretendida, a la vista de los cuales la revocación podía darse por segura. Aun reconociendo que la LEC establece una estricta limitación de las causas de oposición, el Juzgado advirtió que «ello no puede llevar a un sistema *aberrante* de ejecución *automática e indiscriminada* cuando, como es el caso, es más que previsible que el pronunciamiento judicial que se ejecuta vaya a quedar sin efecto».

<sup>29</sup> Lo mismo se juzga aplicable al caso del art. 528.3 II, pese al silencio de este precepto: implícitamente, T. Armenta Deu: *op. cit.*, pág. 120; expresamente, I. Díez-Picazo Giménez: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, pág. 915.

<sup>30</sup> Un ejemplo lo tenemos en el Auto del Juzgado de primera instancia n.º 8 de Salamanca, de 11 de junio de 2002, en el que, a propósito de la caución exigida en sede de medidas cautelares (que según el art. 728, párrafo último, debe reunir los requisitos del 529.3), juzgó bastante un aval con el siguiente texto: «(El avalista) avala solidaria y tan ampliamente como en derecho se requiera a (...) ante el Juzgado (...) hasta la suma de (...) para responder de las posibles responsabilidades que se puedan derivar del procedimiento (...)». Estimó el Juzgado que aval semejante cumple los requisitos del art. 529.3, «puesto que —se razona— el mismo no contiene ninguna limitación, sin que sea necesario que se exprese en el mismo que será realizable a primer requerimiento». Dio por bueno, así pues, un aval solidario ordinario.

### 3.7. Revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente

Los efectos de la revocación se regulan en los artículos 533 y 534, respectivamente referidos a las condenas dinerarias y a las no dinerarias, donde se dispone en esencia la restauración de la situación anterior y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

Como contrapartida de la no exigencia inicial de fianza al ejecutante provisional, la LEC ofrece en este trance (y sea o no firme la sentencia revocatoria, pese al dictado del artículo 533.3) la vía de apremio ante el mismo tribunal ejecutante, así como la liquidación de daños y perjuicios por el cauce de los artículos 712 y siguientes (incidente éste para la determinación del «quantum», pero no el «an» de la indemnización): ambas vías no son alternativas, sino acumulativas, pues el procedimiento de los artículos 712 y siguientes, que concluye la cuantificación de la indemnización, no excluye la necesidad de recurrir a la vía de apremio para la exacción de su importe.

Para las condenas no dinerarias, el artículo 534.3 ofrece la vía de ejecución, en la que el ejecutante inicial pasa a ser ejecutado, con posibilidad de oponerse conforme al artículo 528 (dando por sobreentendido que se está en el caso de no ser firme la sentencia revocatoria). Interesa advertir especialmente que no se está, aquí, sino en un camino de retorno al punto de partida, no exactamente en una ejecución de signo contrario, y simétrica y especular respecto de la inicialmente emprendida: la sentencia revocatoria no es, en rigor, título ejecutivo para ello, sino mera destrucción o enervación del inicial y provisionalmente ejecutado (cosa distinta es que la sentencia revocatoria tenga a su vez pronunciamiento de condena contra el primeramente ejecutante, pero esto da lugar a una ejecución autónoma, a su vez provisional si la sentencia revocatoria no es todavía firme): consecuencia de ello es que, en ese camino de regreso que jalonan los artículos 533 y 534, no han de ser de aplicación, al menos en su integridad, las vías impugnatorias que, siendo propias de la ejecución definitiva, pueden también concurrir en una ejecución meramente provisional (piénsese, p. ej., en los recursos que el artículo 563 previene para el caso de contradicción con lo ejecutoriado).

La restitución de las cosas específicas, que se acompañará de sus rentas, frutos o productos (no dis-

tingue la norma entre los percibidos, los pendientes y los podidos percibir, ni dice nada sobre gastos y mejoras, ni, en suma, sobre la liquidación del estado posesorio —artículos 451 y siguientes CC—, en la que el punto crucial —que sólo cabe apuntar aquí— será el de la buena o mala fe de ese vencedor provisional que posee en virtud de una sentencia, contra la cual puede un recurso que luego prospera), o del valor pecuniario de la utilización del bien (artículo 534.1).

En caso de imposibilidad de restitución del bien, «de hecho o de derecho», el ejecutado «podrá» pedir indemnización de daños y perjuicios a liquidar por el citado cauce de los artículos 712 y siguientes (artículo 534.1.II). La imposibilidad de hecho derivará normalmente de la pérdida o destrucción de la cosa. La imposibilidad jurídica derivará de adquisiciones inatacables realizadas por terceros de buena fe<sup>31</sup>, lo que en el caso de los bienes muebles supondrá adquisiciones cubiertas por el artículo 464 CC, y en el de los inmuebles por el artículo 34 LH (supone una inscripción a favor del ejecutante que no será posible en los casos del artículo 524.4 LEC, que sólo permite la anotación preventiva). No habiendo adquisición «a non domino» inatacable, no parece que pueda el ejecutante pedir la indemnización, pues no hay en rigor «imposibilidad jurídica», a menos que se entienda, como parece lo lógico, que la imposibilidad «de hecho» que la norma contempla no se contrae a los solos casos de pérdida o destrucción, sino que incluye también el supuesto en que el ejecutado, simplemente, no tenga la cosa en su poder para cumplir con el deber de restitución: le cabe entonces al ejecutado optar por la indemnización de daños. Como la norma dice que esta indemnización «podrá» pedirla, hay que entender que es una facultad del ejecutado, que puede preferir la recuperación del bien de manos del tercero, pero no parece que esto pueda obtenerse dentro de la misma ejecución «de retorno» (a menos que se consiga del tribunal esa extraña extensión de la ejecución del artículo 538.3 a que más arriba se hacía referencia), sino que habría que acudir a la vía declarativa que corresponda.

En cuanto a las condenas de hacer, procederá que se deshaga lo hecho, más la indemnización de daños y perjuicios (artículo 534.2), y, en cuanto a las de no hacer, pese al silencio legal, no se considera dudoso que procederá la indemnización de daños y

<sup>31</sup> Cfr. G. García-Rostán Calvin: «La revocación ...» cit., pág. 2.

perjuicios, e incluso la reconstrucción si se hubiere destruido lo mal hecho conforme al artículo 710<sup>32</sup>.

En fin, condenas dinerarias o no dinerarias, también estas últimas se resuelven a la postre, en los casos de incumplimiento o imposibilidad, en el equivalente pecuniario, cuyo respaldo no es otro que el patrimonio del ejecutante provisional que pudiere ser habido. En caso de insolvencia, la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado tropieza con serios problemas de fundamentación que aquí sólo pueden quedar esbozados. Por lo que hace a una hipotética responsabilidad del Estado-Legislator, las dificultades radican en la estrechísima previsión del artículo 139.3 de la Ley 30/1992, que requiere el establecimiento del derecho a indemnización en el acto legislativo de que se trate, previsión que obviamente falta en la LEC 1/2000. Para la responsabilidad del Estado-Juez, el artículo 139.4 de la citada Ley 30/1992 remite a la LOPJ, cuyos artículos 292 y siguientes, en concordancia con el artículo 121 CE, requieren, o bien un error judicial, o bien un funcionamiento «anormal» de la Administración de Justicia: ninguno de ambos supuestos parece predicable en el caso de un juez que se limita a despachar la ejecución provisional de una sentencia en los términos previstos en la LEC<sup>33</sup>.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN (PROVISIONAL)

En su plena dimensión, están por ver (porque son por-venir) los efectos que para el proceso civil ha de tener la apuesta por la ejecución inmediata de las sentencias de primera instancia. Nadie puede dudar, desde luego, que una mayor prontitud reporta mayor eficacia, y que ésta constituye una exigencia social generalmente sentida.

La efectividad del proceso, sin embargo, no es una exigencia que meramente se satisfaga con una mayor efectividad de la ejecución. Si la tutela judicial se dispensa a través del proceso todo, su efectividad ha de buscarse también en la fase declarativa. En esa dimensión, lo que se requiere es que el Derecho sea correctamente aplicado en el proceso jurisdiccional. Así lo proclama, por cierto, la propia Exposición de Motivos de la LEC en uno de sus

primeros pasajes (I, párrafo segundo): «Justicia civil efectiva significa, en fin, mejores sentencias, que, dentro de nuestro sistema de fuentes del Derecho, constituyan referencias sólidas para el futuro y contribuyan así a evitar litigios y a reforzar la igualdad ante la ley, sin merma de la libertad enjuiciadora y de la evolución y el cambio social necesarios».

En la medida en que se desincentive el recurso, que es el instrumento de control y depuración de esa correcta aplicación del Derecho, se estará mermando también el valor de la certeza, exigencia asimismo social que en términos prácticos se resuelve —como al principio se dejó señalado— en la previsibilidad del resultado de los litigios, algo que influye esencialmente en esa «mentalidad en los pactos» que la Exposición de Motivos dice aspirar a cambiar: el ánimo de cumplirlos es inescindible de la posibilidad de calcular sus efectos en el momento de acordarlos.

La importancia del recurso, a ese respecto, no ha dejado de ser subrayada incluso desde la perspectiva del análisis económico del derecho: «La parte perdedora en un juicio —escribe Posner<sup>34</sup>— puede apelar a un tribunal superior. La apelación sirve a dos propósitos sociales: reducir los costos del error legal (...) y permitir la creación y conservación de reglas de derecho uniformes. Dado que comúnmente la parte perdedora no desea mejorar la ley, parecería que hubiese muy pocas apelaciones desde un punto de vista social, aun con el modesto subsidio otorgado al proceso de apelación (como al proceso de primera instancia), al no cobrar a las partes los sueldos de los jueces o los gastos relacionados. Pero hay un mecanismo equilibrador natural. Si hay muy pocas apelaciones en el *período uno*, bajará la producción de precedentes de los tribunales de apelación, lo que dificultará que los individuos arreglen sus disputas (porque no se pueden poner de acuerdo sobre cómo tenderán a resolverse las disputas en el tribunal), lo cual conducirá a más litigios y por ende a más apelaciones en el *período dos*».

No sería deseable llegar aquí a un *período dos* en el que pudiera haber más litigios pero no, ciertamente, más apelaciones.

<sup>32</sup> Cfr. F. Cordon Moreno: *op. cit.*, pág. 72, y G. García-Rostán Calvin: «La revocación ...» cit., pág. 2.

<sup>33</sup> Para un amplio e interesante desarrollo de todo ello, véase F. Lacaba Sánchez: «Ejecuciones de sentencias ...» cit., *La Ley*, n.º 5511, 27 marzo 2002, págs. 7 y ss.

<sup>34</sup> R. A. Posner: *El análisis económico del derecho* (trad. esp. de E. L. Suárez), México, D.F., 1998, pág. 549.