

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS EN EL PROCESO CIVIL*

JUAN DAMIÁN MORENO**

Resumen: El autor analiza la problemática generada por uno de los más relevantes tipos de ejecución en el proceso civil como es la ejecución provisional de las sentencias que han sido impugnadas.

Palabras clave: Ejecución forzosa, Ejecución provisional, Medidas cautelares.

Abstract: The author analyzes de problematic generated by one of de most relevants types of enforcement proceedings in civil procedure as are the provisionals orders when the judgment ruled by the court of first instance has been appealed.

Keywords: Enforcement, Provisional orders of execution, Injunctions.

SUMARIO: I. EL DERECHO (A PEDIR Y) A OBTENER DE FORMA PROVISIONAL LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL; II. RESOLUCIONES PROVISIONALMENTE EJECUTABLES; 1. Régimen ordinario; 2. Régimen especial para medios de comunicación y profesionales de la información; III. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. CONTENIDO DE LA SOLICITUD DE EJECUCIÓN PROVISIONAL; 1. Solicitud; 2. Resolución; IV. OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL; V. OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS DINERARIAS. POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL; 1. Motivos de oposición; 2. Suspensión de la ejecución provisional; VI. SUSTANCIACIÓN DE LA OPOSICIÓN; VII. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN DE LA SENTENCIA; VIII. EFECTOS DE LA CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA IMPUGNADA; IX. BALANCE DE LA REFORMA.

I. EL DERECHO (A PEDIR Y) A OBTENER DE FORMA PROVISIONAL LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL

Una de las mayores innovaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 consiste en haber modificado el sistema que rige la ejecución provisional con el fin

* Fecha de recepción: 15 de abril de 2009.

Fecha de aceptación: 25 de junio de 2009.

** Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: juan.damian@uam.es.

de intentar afianzar la posición procesal de quien ha obtenido una sentencia a su favor en la instancia, procurando con ello aspirar al ideal, no siempre alcanzable, de la inmediata ejecutabilidad de la sentencia dictada en el primer grado jurisdiccional. Así pues, y frente al principio que hasta ahora venía rigiendo, la ley ha concedido al litigante vencedor, el derecho a “*pedir y obtener*” de manera provisional la ejecución de la resolución dictada en la instancia sin tener que adelantar cantidad alguna por este concepto (art. 536 LEC), si bien y como contrapartida reconociendo al mismo tiempo al ejecutado el derecho a reintegrarse de los eventuales perjuicios que cause la ejecución en caso de revocación (arts. 533 y 534 LEC). En este aspecto, la ley ha configurado la ejecución provisional como una suerte de acto de disposición del derecho declarado provisionalmente en la sentencia del cual nace o se origina, como contrapartida, el correlativo derecho a reintegrarse en caso de revocación.

Como sabemos, hasta el momento de la entrada en vigor de la ley y salvo casos excepcionales, la ejecución provisional de la sentencia sometida a recurso ha estado informada con criterios muy restrictivos y, a menos que el favorecido por la resolución constituyera o prestara una caución suficiente para responder a los perjuicios ocasionados por la eventual revocación de la resolución impugnada, no se accedía a la ejecución. El fundamento de este principio se sustentaba sobre la existencia de un sistema de recursos cuyo ejercicio provocaba, como el más característico y paradigmático de sus efectos, el de prorrogar los efectos de la litispendencia, lo que hacía prácticamente inviable el que se pudiera ejecutar una resolución hasta que la pretensión hubiera quedado definitivamente resuelta.

Un importante sector de la doctrina, entendiendo que la ejecución provisional es en realidad una ejecución sometida a condición, ha considerado que la ejecución de cualquier sentencia sólo está supeditada a la existencia de un título de ejecución, el cual queda sin efecto como consecuencia de la interposición de un recurso. Eso significa que la ejecución provisional habría de regirse por las mismas reglas establecidas para la definitiva, de modo que si la sentencia dictada en segunda instancia fuera confirmatoria de la dictada en primera instancia, la ejecución se reanudaría en el lugar en que haya quedado y continuará si aún no hubiera terminado. El principio de identidad en cuanto al contenido de la ejecución es el que determina que la ley conceda a las partes intervinientes en la ejecución provisional los mismos derechos y facultades que en la ordinaria, regla de la que tan sólo se exceptúan los supuestos en los que la ejecución tuviese por objeto la inscripción en los registros públicos, salvo que se trate de anotaciones preventivas.

En este sentido, a fin de garantizar un elemental principio de seguridad jurídica, la ley sigue manteniendo el criterio tradicional según el cual sólo tienen acceso a los registros públicos las resoluciones firmes, previsión que se hace extensiva a los supuestos en que la sentencia haya sido dictada en rebeldía. Se observa por tanto que, a diferencia de lo que sucedía en la antigua ley, la nueva regulación atribuye con exclusividad la competencia, tanto para decretar la ejecución como para llevar a cabo los actos concretos en que dicha ejecución consista, al mismo tribunal que hubiese dictado la sentencia en primera instancia.

II. RESOLUCIONES PROVISIONALMENTE EJECUTABLES

1. Régimen ordinario

Aun cuando la ley haya aludido genéricamente a la posibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia dictada en primera instancia, es evidente que del contenido de las normas que regulan este instituto se desprende inequívocamente que no toda resolución puede verse beneficiada de esta singular medida. En este orden de consideraciones, el legislador ha abandonado el sistema utilizado anteriormente para determinar qué tipo de sentencias son ejecutables provisionalmente y ha optado por un criterio negativo a la hora de definir qué tipo de sentencias pueden acogerse a este sistema. Aunque quizás no fuera necesario aclararlo, las sentencias desestimatorias, en la medida que no incorporan pronunciamiento alguno susceptible de ser ejecutado, no pueden ser objeto de esta medida. Por la misma razón, tampoco pueden ser objeto de ejecución las sentencias meramente declarativas ni las constitutivas, ya que la ejecución provisional se encuentra reservada a quienes hayan obtenido un pronunciamiento de condena a su favor.

Por otra parte, es claro que esta medida únicamente puede ser aplicada a las sentencias de condena, cualquiera que sea su contenido y, de éstas, únicamente habría que excluir aquellas resoluciones que tengan por objeto exclusivo la condena en costas, pues estaríamos si no favoreciendo a quien en realidad no es titular de derecho material alguno, lo cual, evidentemente, además de ir en contra del criterio general que exige la firmeza de la resolución para que pueda procederse a la tasación de costas, sería tanto como admitir que sujetos distintos a los propios litigantes puedan acceder a la ejecución provisional sin haber obtenido previamente una sentencia a su favor.

La ley en este punto ha preferido pronunciarse sobre uno de los criterios utilizados en la anterior para atribuir eficacia ejecutiva a las resoluciones admitidas en un solo efecto. Como se recordará, la posibilidad de ejecutar esta clase de resoluciones venía configurada en función de la naturaleza del derecho que había sido objeto de tutela, para lo cual exigía que la apelación fuese admitida sólo en el efecto devolutivo, no en el suspensivo. En este aspecto, es verdad que habría un nutrido grupo de sentencias cuya inmediata ejecutabilidad estaba garantizada sin necesidad de que el juez efectuase una declaración previa en favor del ejecutante. En esta categoría de sentencias se encontraban, por ejemplo, las que concedían alimentos provisionales, las que estimaban el interdicto de retener o de recobrar respecto de las actuaciones para mantener o reponer al demandante en la posesión, las que ratificaban la suspensión de la obra en el interdicto de obra nueva o las que acordaban medidas en el de obra ruinosa.

Que la ley vigente no haya hecho expresa mención a estas últimas no significa que no sean susceptibles de ser ejecutadas de manera provisional; lo que sucede simplemente es que

parte de la base de que todas las sentencias de condena son susceptibles de ser ejecutadas antes de que hayan adquirido firmeza. En todo caso, el legislador ha considerado conveniente no dejar determinadas cuestiones a criterio del intérprete y ha optado por incluir un catálogo de sentencias respecto de las que prohíbe su ejecución provisional. La mayoría de ellas se caracterizan por ser de naturaleza constitutiva, por lo que no serían susceptibles de ejecución en ningún caso. En ese sentido, lo único que la ley pretende con esta disposición es evitar que este tipo de resoluciones no produzcan efectos antes de que la sentencia haya adquirido firmeza.

a) Figuran en primer término las sentencias dictadas en procesos de paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación, divorcio, capacidad, estado civil y derechos honoríficos, por ser todas ellas de carácter constitutivo y, por lo tanto, no susceptibles de ejecución en ningún caso; además, y aunque así no fuera, las cuestiones que afectan al estado civil y condición de las personas no consienten situaciones de interinidad; pese a todo, dado que las sentencias de esta clase normalmente contienen también aspectos de carácter patrimonial, la ley sí permite ejecutar provisionalmente los pronunciamientos relacionados con lo que sea el objeto principal del proceso y siempre que sean susceptibles de realización.

b) En segundo lugar, parece razonable que el legislador haya considerado como no ejecutables provisionalmente las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad. Como es sabido, este tipo de sentencias tienen un marcado carácter constitutivo. Así, por ejemplo, el incumplimiento de la promesa de venta da lugar a un nuevo derecho de naturaleza potestativa si con su ejercicio lo que se pretende es la producción de los efectos que debían haberse producido con la declaración del demandado. Como ha señalado CHIO-VENDA, no existe obstáculo para que la voluntad en la que la obligación consista no pueda conseguirse de otra manera. En relación con este peculiar tipo de sentencias, la ley entiende que contiene una obligación de hacer de carácter personalísimo y, consecuentemente, la ejecución provisional resultaría incompatible con una medida de esta naturaleza. Cuando las partes se obligan a suscribir un determinado contrato lo que están haciendo es aspirar a la consecución de una serie de efectos jurídicos de los cuales aquél no es más que un mero instrumento, por lo que el efecto jurídico pretendido puede ser obtenido de otra manera. El acto de voluntad, como cualquier acto humano, ciertamente es incoercible; no el resultado práctico que deriva del mismo. La infungibilidad que caracteriza a este tipo de prestaciones en ningún caso es jurídica. No obstante, teniendo en cuenta que la ley admite la posibilidad de que la ejecución se convierta en pecuniaria cuando ésta no pueda llevarse a cabo, al menos sí podrían autorizarse medidas cautelares a fin de garantizar dicho pronunciamiento.

c) La ley excluye igualmente del régimen de la inmediata ejecutabilidad a las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial. Las primeras por ser de naturaleza declarativa; las segundas, por tener asignado un carácter eminentemente constitutivo. No debemos olvidar sin embargo que la normativa específica en materia de

patentes y marcas también admite el ejercicio de acciones de condena, las cuales naturalmente gozan de eficacia ejecutiva.

d) Prohíbe finalmente la ley la ejecución provisional de las sentencias extranjeras no firmes, a menos que así lo autorice un tratado internacional. Esta exclusión obedece a razones ajenas a la naturaleza de la acción ejercitada. Sin embargo, es bastante lógico que la posibilidad de ejecución provisional sea una medida condicionada a lo que resulte de nuestros compromisos internacionales, ya que para que gocen de fuerza ejecutiva en nuestro país han de ser previamente homologadas, salvo que se dispusiere otra cosa en los tratados internacionales vigentes en España.

2. Régimen especial para medios de comunicación y profesionales de la información

Como sabemos, la Disposición Adicional 12ª de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, introdujo un nuevo apartado en el art. 525 de la LEC destinado a regular los requisitos de la ejecución provisional de sentencias. Según este nuevo apartado, “no procederá la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Para apreciar el alcance de esta reforma, quizás convenga recordar que fue con ocasión de la condena por el llamado “caso *Hesperia*” cuando la empresa periodística afectada por este asunto decidió, para eludir el cumplimiento de la ley, arremeter contra la Ley de Enjuiciamiento Civil al considerar que esta medida atentaba gravemente contra la libertad de prensa. A estas críticas se sumó también la Asociación de la Prensa de Madrid, argumentando que esta normativa constituía en la práctica una “ley mordaza”, por lo que solicitaron del Gobierno una reforma que resolviera lo que ellos consideraban una “anomalía” (el Ministro de Justicia, incomprensiblemente, accedió a esta petición).

Es evidente que el legislador del año 2000 en ningún momento pretendió introducir medida alguna tendente a limitar o menoscabar el derecho a la libertad de expresión. Según se dijo entonces, su único propósito fue intentar garantizar el derecho de las numerosas pequeñas y medianas empresas que podrían verse obligadas a cerrar ante la falta de instrumentos eficaces para reducir la morosidad mediante el cobro de sus créditos ante los tribunales. En este sentido, es verdad que hay ciertos aspectos de esta nueva normativa que podrían haberse mejorado. Sin embargo, no lo es menos el que, dadas las características de este tipo de procesos, en los que el resultado final es tan difícil de predecir como lo puede ser en el resto de los supuestos sometidos a la jurisdicción, limitar el derecho de un determinado grupo de acreedores, formado la mayoría de las veces por sujetos de relevancia pública que demandan en defensa de su derecho al honor, intimidad personal y propia ima-

gen, no permitiéndoles que puedan dirigirse de forma provisional contra el patrimonio de las empresas periodísticas para hacer frente al pago de las indemnizaciones a que han sido condenados, no es la mejor ni la más adecuada de las soluciones y muestra en este caso la subordinación de la legislación procesal a los intereses políticos.

Hay que tener en cuenta un dato fundamental, y es que la incidencia que puede tener esta medida en las empresas periodísticas no es menor que la que pueden tener en otros ámbitos. La libertad de expresión es un bien que debe recibir todo el amparo que sea necesario, pero si lo que pretendían es disponer de una norma que les asegurase la inmunidad frente a este novedoso sistema, desde luego tienen la reforma adecuada; tras ellas pueden venir también otras que, pretextando la defensa de otros bienes o intereses, podrían igualmente esgrimir el mismo derecho a exigir que se les exonere de la aplicación de esta normativa. En suma, un privilegio injustificable.

III. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. CONTENIDO DE LA SOLICITUD DE EJECUCIÓN PROVISIONAL

1. Solicitud

La ejecución provisional, al igual que sucede con la ejecución definitiva, está sometida al principio de justicia rogada. La petición habrá de reunir los requisitos aplicables a cualquier demanda ejecutiva, en la que el solicitante deberá expresar el objeto en que la misma consista en relación con la tutela adjudicada, sobre todo tratándose de condenas no pecuniarias. No se olvide que en relación con este tipo de sentencias, la ley atribuye al condenado el derecho a oponerse en función de la naturaleza de las actuaciones ejecutivas solicitadas por el acreedor.

Aun cuando el legislador ha asociado la ejecución provisional a una finalidad de estricta política legislativa, como es la de procurar reducir el número de recursos con ánimo exclusivamente dilatorio, lo sorprendente es que la ley autorice a instar la ejecución provisional a cualquiera que haya obtenido un pronunciamiento a su favor, una vez que la sentencia haya sido impugnada, independientemente de quien haya interpuesto el recurso; de esta manera no habría inconveniente en admitir que también el apelante tendría la posibilidad de solicitar la ejecución provisional, lo que únicamente podría suceder en los supuestos de estimación parcial de la demanda al objeto de proceder a la ejecución del contenido de las prestaciones declaradas en la sentencia. Sin embargo, aunque así se admitiera, en realidad este supuesto no define una hipótesis típica de ejecución provisional sino que comparte los elementos esenciales de una ejecución definitiva ya que, por el juego de la *reformatio in peius*, los contenidos de la sentencia impugnada, en tanto no medie adhesión, son inatacables (“*tantum appellatum quantum devolutum*”), por haber sido consentidos y, en consecuencia,

susceptibles de ejecución en cualquier caso, cosa que no ocurrirá si se entabla una apelación por ambas partes o el apelado se adhiere a la apelación.

Por lo que se refiere al momento para solicitar la ejecución provisional, la ley no fija plazo alguno ya que no está sometida a término. En tanto no se haya resuelto el recurso, puede ser instada en cualquier momento. La ejecución provisional cabe instarla desde el momento de la notificación de la resolución por la que al apelante se le tiene por preparado el recurso, o bien desde aquél en que se haya dado traslado del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, por lo que el debate acerca de si es procedente la aplicación del plazo de espera, es, a mi modo de ver, artificioso ya que la ejecución provisional se encuentra en nuestro derecho sometida a la condición de que haya mediado recurso.

Si la ejecución se hubiera instado antes de que se hubieran remitido los autos al tribunal que vaya a conocer de la apelación, corresponderá al juzgado de instancia expedir, antes de elevar los autos originales al tribunal superior, el testimonio al que alude la ley (innecesario, por otra parte). Por el contrario, cuando la ejecución haya sido solicitada una vez que el órgano *a quo* hubiera remitido los autos al órgano que vaya a conocer de la apelación, la ley exige que, previamente a la solicitud, el ejecutante obtenga testimonio de los extremos que sean necesarios para la ejecución, el cual deberá además acompañarse al escrito mediante el cual se solicita la ejecución. Y la misma prescripción remite la ley a las normas que rigen el recurso de apelación.

El procedimiento para la ejecución de la sentencia en segunda instancia es sustancialmente idéntico al que regulan los preceptos anteriores y sigue los mismos trámites. Ni siquiera varía la competencia funcional, la cual sigue estando atribuida al órgano que hubiera dictado la sentencia en primera instancia. La única especialidad consiste en que sobre el ejecutante recae la carga de solicitar los testimonios y certificaciones que correspondan, bien del tribunal que haya dictado la sentencia impugnada o, en caso de que éste haya ya remitido los autos, al órgano que vaya a conocer del recurso.

2. Resolución

Una vez solicitada la ejecución provisional, el juez viene obligado a concederla salvo que entienda que por la naturaleza de los pronunciamientos que contiene la sentencia no es ejecutable. El juez en esta fase procesal no puede efectuar ningún tipo de valoración acerca de cuestiones que están exclusivamente reservadas al ejecutado; el margen de actuación del juez es, en este aspecto, muy reducido.

Contra el auto que deniegue la ejecución provisional se puede interponer recurso de apelación el cual, por expresa disposición legal, deberá tener carácter preferente al objeto de que el recurso contra este auto sea resuelto antes que la apelación principal. No tendría ningún sentido que ambas apelaciones fueran resueltas al mismo tiempo; contra la reso-

lución que conceda la ejecución provisional no se dará recurso alguno, sin perjuicio del derecho que asiste al condenado a oponerse a la misma.

IV. OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

Una de las características que mejor definen al modelo implantado por la ley en esta materia consiste en que las causas de oposición están sometidas a una disciplina muy estricta; eso significa que el ejecutado deberá fundar su oposición en los motivos expresamente previstos en ella, teniendo en cuenta que la solicitud de oposición no suspende el proceso de ejecución, el cual sigue adelante hasta que aquella sea resuelta. La ley procura así garantizar, al menos hasta donde sea posible la inmediata ejecutabilidad de los pronunciamientos declarados en la sentencia. Además, debido a la propia naturaleza de esta ejecución, y a pesar de la precariedad de la resolución dictada, estas causas están concebidas exclusivamente en función del resultado final. Lo único que la ley tiene en cuenta a estos efectos son las consecuencias que en su día puede ocasionar la eventual revocación de la sentencia apelada.

El legislador ha sido bastante consciente de la trascendencia que este sistema entraña. No hay más que fijarse en las consideraciones contenidas en la Exposición de Motivos para percatarse de que se trata de un riesgo calculado, derivado, obviamente, de la posible insolencia del ejecutante. Por eso, al margen de las reflexiones de orden sociológico que haya podido tener en cuenta, lo verdaderamente decisivo de cara a la efectividad del sistema es saber con qué medios cuenta el ejecutado para lograr evitar que los daños ocasionados por la revocación tengan la menor incidencia posible en la esfera patrimonial del condenado en la instancia.

Para ello, la ley acude al criterio general de la irreversibilidad o no de la ejecución, ya sea en su integridad o ya afecte a actuaciones ejecutivas concretas, tal como sucede por ejemplo en las condenas dinerarias: eso quiere decir que, supuesta la eficacia ejecutiva de la resolución de la que inicialmente se parte, la oposición sólo prosperaría si el ejecutado consiguiese acreditar la existencia de motivos racionalmente suficientes como para pensar que la situación resultante de la ejecución llegara a ser irreversible.

La ley introduce además de forma alternativa otro criterio que puede resultar de enorme utilidad y que tiene por objeto evaluar prospectivamente si el ejecutante está o no en condiciones de hacer frente a los daños y perjuicios que se originarían en el caso de que la sentencia fuese revocada. Esto supone, tal como ha puesto de relieve la doctrina más autorizada, centrar el debate procesal sobre la solvencia del ejecutante (CABALLO ANGELATS); de modo que si existieran fundadas sospechas de que el ejecutante no será capaz de hacer frente a su obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por este motivo, el juez podría estar entonces autorizado a denegar la ejecución provisional.

Por lo que se refiere a la causas de oposición, por ahora nos ocuparemos solamente de la enunciada en el nº 1 del art. 528 que alude de manera bastante imprecisa a todos aquellos supuestos en los que la sentencia carezca de eficacia ejecutiva. Por lo tanto, el ejecutado podrá oponerse a la pretensión formulada si considera que la sentencia no contiene pronunciamiento alguno de condena en favor de quien la solicite o cuando se trate de una sentencia de las comprendidas en alguno de supuestos a los que antes nos hemos referido. Cuando se estime la oposición fundada en esta causa, el órgano jurisdiccional deberá dictar un auto declarando no haber lugar a que prosiga dicha ejecución ordenando que se alcen los embargos, trabas y medidas de garantía que pudiesen haberse adoptado, si es que se ha podido adoptar alguna.

Mas si la sentencia fuese de condena no dineraria, el ejecutado podrá, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, fundar su oposición en la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o bien en la imposibilidad de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados por la revocación de la sentencia impugnada, siendo indiferente que esta imposibilidad o extrema dificultad sea de carácter material o simplemente jurídica. Hay que tener presente que funcionalmente la ejecución provisional constituye un medida anticipatoria de los efectos de una eventual sentencia definitiva. Por ese motivo hay determinadas sentencias que, aun cuando gocen de eficacia ejecutiva, en ningún caso pueden ser susceptibles de ser ejecutadas de forma interina, tal como ocurriría por ejemplo con las condenas consistentes en publicar la sentencia en un medio de comunicación, al lanzamiento y desposesión de la vivienda que constituya el domicilio del demandado. En estos casos, la suspensión de la ejecución provisional debe ir precedida de la constitución de la correspondiente fianza.

En consecuencia, tratándose de ejecuciones no dinerarias, esto es, de aquellas cuyo contenido suponga una obligación que consista en una prestación de hacer, no hacer o entregar cosa determinada, las posibilidades de restitución son mucho menores, pues muchas veces las conductas objeto de la condena son esencialmente insustituibles, razón por la cual la ley utiliza como criterio subsidiario el de la imposibilidad de compensar. Si la obligación es ejecutable provisionalmente, habrá que tener en cuenta entonces si el ejecutante está en condiciones de resarcir al ejecutado de los daños y perjuicios que ocasione la eventual revocación de las sentencia.

No obstante, si el ejecutado fundara su oposición alegando la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar, puede no obstante el juez autorizar la ejecución provisional si el ejecutante ofrece fianza para responder de los perjuicios que la misma pueda ocasionar. Esta posibilidad tiene por finalidad esencial favorecer el cumplimiento específico de las condenas no dinerarias en el supuesto de que considere que puede llegar a prosperar la causa alegada por el ejecutado. Entiéndase bien que eso no quiere decir que la ley esté trasladando al ejecutante la obligación de afianzar, sino que se trata de un medio alternativo dispuesto en favor del ejecutante a fin de favorecer el ejercicio de su derecho. A cambio, el ejecutante

adquiere, mediante esta contracautela, el compromiso formal de restaurar o de indemnizar en caso de revocación y, de esta manera, asegurar el cumplimiento específico de la misma.

Los efectos de la estimación de la oposición se encuentran expresamente previstos en la ley, de modo que si se estimara la causa alegada, el juez procederá inmediatamente a suspender la ejecución despachada. Lo mismo ocurrirá cuando el ejecutante no prestase la fianza en el supuesto previsto anteriormente. No obstante, la ley garantiza el derecho del acreedor, obligando al juez, bien a mantener la vigencia de los embargos y medidas de garantía adoptadas, o bien a adoptar otras diferentes por lo que nada excluye que puedan acordarse cuantos medios sean precisos para asegurar las futuras responsabilidades en caso de que la sentencia no pueda ser ejecutada en los términos en los que ha sido dictada.

V. OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS DINERARIAS. POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

1. Motivos de oposición

La oposición a la sentencia de condena dineraria está configurada de forma muy diferente y presenta tal número de dificultades que prácticamente se convierte en ilusoria. La particularidad más importante reside en el hecho de que el ejecutado no puede oponerse a la ejecución en su conjunto, sino sólo a actuaciones ejecutivas concretas del proceso de ejecución siempre que entienda que dichas actuaciones son susceptibles de causar una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente en caso de revocación.

La imposibilidad de restaurar o de compensar ha de ir referida a actuaciones concretas del proceso de ejecución lo cual reduce notablemente las posibilidades de éxito de la oposición. En realidad, lo determinante no es si procede acordar la ejecución provisional, sino hasta dónde debe llegar la ejecución, es decir, el alcance de la misma. Las consecuencias procesales de la estimación de este motivo de oposición afectan únicamente a la concreta actividad ejecutiva sobre la que recae la oposición, de manera que no produce el efecto de suspender todo el proceso de ejecución, el cual deberá continuar su curso respecto de los actos que no hayan sido objeto de impugnación.

El legislador, seguramente consciente de esta situación, exige al ejecutado que al formular la oposición proponga alternativamente otras medidas que puedan sustituir a las que considere imposible de compensar o de restaurar mediante el resarcimiento de daños y perjuicios así como ofrecer caución suficiente para responder a la demora en la ejecución si dichas medidas no fuesen aceptadas y el pronunciamiento de condena fuese posteriormente confirmado.

El ejecutado, si su intención fuera la de oponerse a la realización de una actividad concreta propia del proceso de ejecución por considerar que, de acordarse, su práctica le causaría un daño difícilmente reparable, debe, en primer lugar, comprometerse a sustituir dichas medidas por otras que no provoquen situaciones similares a las que causaría la actuación o medida a la que pretende oponerse, y, en segundo lugar, prestar fianza bastante para responder por la demora producida durante el tiempo que estará paralizada la ejecución si estas medidas no fueran finalmente aceptadas y la condena fuese posteriormente confirmada. Con ello se consigue garantizar suficientemente el derecho del acreedor pero que sin ello suponga un riesgo que pueda ser determinante de un daño imposible de restaurar o de compensar económicamente.

En el supuesto de que el ejecutado no expresara en su escrito la medida o medidas alternativas que se propone ofrecer, ni prestase caución suficiente para responder de la demora que esta situación pudiera provocar, el juez ni siquiera le ha de admitir a trámite la oposición. Si, por el contrario, el ejecutado formulara su oposición en el plazo previsto con arreglo a los requisitos anteriormente mencionados, el tribunal deberá darle curso y ordenar el traslado al ejecutante para que efectúe las alegaciones que considere oportunas. A la vista de ello, podrá mostrar su conformidad con las medidas propuestas, si considera que son igualmente idóneas para asegurar la eficacia de la ejecución o, por el contrario, su disconformidad por entender que son insuficientes.

Hay que resaltar por otra parte que la fianza a la que se alude es de naturaleza resarcitoria y, por lo tanto, tiene por objeto compensar los daños ocasionados con motivo de la oposición para el caso de que el juez finalmente decida no aceptar las medidas propuestas por el ejecutado, lo que significaría, rectamente interpretado que, en este caso, la oposición es susceptible de provocar la suspensión de la medida que se pretende reemplazar en tanto ésta se resuelve ya que, de otro modo, no tendría sentido que aquél viniera obligado a prestarla ya que esta fianza en modo alguno constituye una alternativa a las medidas propuestas.

El juez podrá estimar la oposición si considera posibles y de eficacia similar las actuaciones o medidas propuestas por el ejecutado por lo que no se entiende muy bien la razón por la cual la ley también permite al juez estimar la oposición del ejecutado si, habiendo éste ofrecido caución, aprecie que concurre en el caso una absoluta imposibilidad de restaurar la situación anterior o de compensar mediante ulterior resarcimiento de daños y perjuicios en caso de ser revocada la condena.

Habrà que entender que esta última solución procederá en el supuesto de que, no siendo posible la sustitución de una medida por otra de características similares, objetivamente la situación a la que inicialmente se haya opuesto el ejecutado sea imposible de restaurar o de compensar, lo cual, como podrá comprenderse, es independiente del hecho de que se haya prestado o no la fianza ya que, dada la finalidad de la misma, éste es un requisito irrelevante a estos efectos.

2. Suspensión de la ejecución provisional

Lo dicho anteriormente no excluye que el ejecutado no pueda obtener la paralización total del proceso de ejecución. La ley le concede la posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución si pone a disposición las cantidades a las que hubiere sido condenado, más los intereses correspondientes y las costas que se hubieren producido hasta ese momento. Una vez liquidados aquéllos y tasadas éstas se decidirá sobre la continuación o el archivo de la ejecución. Por lo tanto, para que esto ocurra es preciso que se den dos condiciones. En primer lugar, que la cantidad de la condena sea líquida, ya que en caso contrario no podrá el ejecutado proceder a la consignación de la misma y, en segundo lugar, consignado el principal, el juzgado deberá proceder previamente a la liquidación de los intereses y costas, y cuando estas cantidades hayan sido satisfechas, decidir sobre el archivo o no de la ejecución. En todo caso, es claro que no estamos ante un archivo definitivo; terminado el proceso, deberá procederse a la liquidación final del resto de las cantidades que aún no hayan sido devengadas.

VI. SUSTANCIACIÓN DE LA OPOSICIÓN

La ley carece de una regulación detallada acerca de la forma en que ha de sustanciarse la oposición. Se limita a indicar que del escrito de oposición así como de los documentos que acompañen, se dará traslado tanto al ejecutante como a las demás partes personadas a fin de que en el plazo de cinco días efectúen las alegaciones que estimen convenientes. La ley se refiere, de forma incorrecta a nuestro juicio, a las partes que estuviesen personadas en la ejecución provisional, ya que eso significaría que la ley tendría que haber habilitado un plazo específico para que las distintas partes hayan tenido la oportunidad de aprovechar un trámite de esta naturaleza; pero lo cierto es que tal plazo es inexistente.

Por consiguiente, la ejecución provisional habrá de entenderse con todos aquellos sujetos que ostentan la cualidad de parte en el proceso principal ya que todos ellos ostentan dicha cualidad desde el mismo momento en que han comparecido como tales. La segunda de las cuestiones guarda relación con el plazo que tiene el juez para resolver la pretensión deducida por el ejecutante cuando se haya formulado oposición. La ley no lo establece, lo cual, teniendo en cuenta que la solicitud de oposición carece de efectos suspensivos, puede resultar enormemente perturbador si se retrasase la decisión sobre esta cuestión. En cualquier caso, esta resolución deberá adoptar forma de auto, frente al cual no cabe recurso alguno. Al no estar expresamente previsto, el Tribunal Constitucional ha exigido en este caso que la decisión relativa a la condena en costas que pueda tomar el juez, en el supuesto de que se haya estimado algún motivo de oposición, venga debidamente motivada, pues

de lo contrario esta decisión sería contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (STC 120/2007).

VII. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN DE LA SENTENCIA

Como se ha visto, el fundamento de la ejecución provisional se sustenta sobre la base de un principio orientado a garantizar que el ejecutado no quede desprotegido por la actividad ejecutiva dirigida en su contra. Consecuentemente, la ley ha regulado un conjunto de medidas que tienen por objeto esencial asegurar el derecho a ser reintegrado de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la revocación de la sentencia impugnada. Por una parte, la ley se ocupa de los efectos de la revocación de las sentencias dinerarias, distinguiendo a su vez dos hipótesis, según la revocación sea total o parcial.

Así, si la revocación fuera total, la ley ordena que se proceda a exigir al ejecutante la restitución de todo lo indebidamente percibido, más los intereses devengados desde la fecha de la ejecución así como las costas que éste hubiera satisfecho. Mayores problemas plantean los supuestos de revocación parcial pues en este caso se procederá a compensar las cantidades objeto de la condena; de este modo, al ejecutante tan sólo se le habrá de devolver la diferencia entre las cantidades percibidas y la que resulte de la condena con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia el tipo de interés legal del dinero.

Si la sentencia revocatoria fuese aún susceptible de recurso, la percepción de las cantidades a las que se ha hecho referencia, podrá ser exigida por la vía de apremio, la cual se sustanciará ante el mismo órgano ante el que se hubiera sustanciado la ejecución provisional, liquidándose los daños y perjuicios. No obstante, dado que todavía estamos ante una ejecución de naturaleza provisional, ya que la sentencia todavía no ha adquirido firmeza, el ejecutado (antes ejecutante) podrá oponerse a esta ejecución conforme a las causas establecidas en la ley.

Los efectos de la revocación en las sentencias no dinerarias se rigen por los mismos principios que si se tratase de una condena dineraria, si bien su objeto varía en función de su contenido. Así, si la resolución que se hubiera revocado hubiese condenado a la entrega de un bien determinado, se procederá a restituir el mismo al ejecutado, en el concepto en que lo hubiera tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien. Si por cualquier razón la restitución resultara imposible, el ejecutado tendrá derecho a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios causados. Si la resolución que se hubiera revocado contuviese una obligación de hacer y éste hubiese sido realizado, el ejecutado podrá pedir que se deshaga lo hecho y que se indemnicen los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán, aun cuando la ley guarde silencio sobre este aspecto, también con arreglo al procedimiento previsto a tal efecto.

En el caso de que la sentencia fuese susceptible de un ulterior recurso, la restitución de la cosa, la destrucción de lo mal hecho o la exacción de daños y perjuicios, se llevará a efecto mediante los mismos trámites y ante el mismo órgano que haya sustanciado la provisional. Al igual que en el supuesto anterior, el obligado a restituir, deshacer o indemnizar podrá oponerse a la ejecución haciendo uso de las causas previstas en la ley para este supuesto.

VIII. EFECTOS DE LA CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Como indicamos al principio, la ejecución provisional no altera el régimen procesal de la ejecución despachada, la cual ha de llevarse a efecto siguiendo las mismas reglas establecidas para la definitiva. A este respecto, en caso de que la sentencia haya sido confirmada, la ley distingue varios supuestos ya que si la sentencia dictada en segunda instancia no fuera susceptible de recurso o no se recurriera, la ejecución, salvo desistimiento, seguirá adelante como definitiva. Por lo tanto, una vez firme, la ejecución convierte la ejecución provisional en definitiva.

En cambio, si la sentencia fuese aun susceptible de ser impugnada mediante otro tipo de recurso, la ejecución seguirá manteniendo el mismo carácter y continuará su curso si aun no hubiera terminado, salvo desistimiento expreso del ejecutante; y si como consecuencia del recurso interpuesto, la sentencia dictada en segunda instancia contuviera algún pronunciamiento a favor del ejecutado, éste estaría en condiciones de solicitar la ejecución provisional de aquélla con lo que en este caso coexistirían, si no media la compensación para el caso de revocación parcial, dos ejecuciones provisionales, cuya existencia quedaría condicionada a lo que resultara del recurso finalmente interpuesto.

IX. BALANCE DE UNA REFORMA

En afortunada expresión de PRIETO-CASTRO, “no es consustancial a la jurisdicción acertar a la primera”. No obstante, a pesar de su favorable acogida y de los bienintencionados propósitos del legislador en esta materia, hay suficientes datos como para concluir que de momento, y tras ocho años de vigencia, la solución acogida no está dando los resultados apetecidos y confirma de nuevo las enormes dificultades para encontrar un sistema que, no sólo se encuentre articulado procesalmente, sino que responda a las exigencias adecuadas a la finalidad para la que está dispuesta. El pretendido reforzamiento de la posición procesal del actor no es tal si la ejecución provisional no pasa de ser un mecanismo procesal que se lleva a cabo “a riesgo y ventura” del ejecutante.

El derecho a la doble instancia, tal como fue configurado tras la Revolución francesa, se concedió en atención al grado de desconfianza existente hacia los tribunales inferiores

y no para garantizar un mayor acierto en la decisión. Ahora bien, es verdad que si aquella desconfianza pudo estar justificada históricamente, hoy desde luego no debiera servir para fundamentar una técnica legislativa dirigida a dificultar la ejecución provisional de las resoluciones que todavía no han adquirido firmeza, salvo que el legislador parta de la base de que el condenado siempre recurre con la única finalidad de retrasar la ejecución de la misma.

Como indicamos al principio, la ley, seguramente sin saberlo, ha configurado el derecho a pedir la ejecución provisional como una suerte de acto de disposición del derecho declarado provisionalmente en la sentencia del que surge, como contrapartida, el correlativo derecho a reintegrarse en caso de revocación. Sustituir la anterior exigencia, que obligaba al ejecutante a constituir previamente una fianza, por el reconocimiento de un título que viene a reconocer al ejecutado el derecho a verse reintegrado de los perjuicios que la fallida ejecución ha provocado, no altera en lo sustancial el régimen de la ejecución; invertir las condiciones en que se desenvuelve la ejecución no transforma la inmediata ejecutabilidad de las sentencias dictadas en primera instancia en una acción meramente filantrópica, por mucho que la ley declare el derecho a pedir y a obtener de manera provisional la ejecución de la sentencia dictada.

Si nos atreviéramos a atribuir credibilidad al informe elaborado por la Fundación Wolters Kluwer (*La Ley*, 29 de diciembre de 2008, p.13), treinta y tres de cada cien sentencias dictadas en primera instancia son revocadas. Posiblemente, si esta circunstancia fuera otra, no obligaría al favorecido por la sentencia de primera grado a ser extremadamente cauto a la hora de hacer valer su derecho. Sabemos que el mejor instrumento para evitar la utilización de los recursos con ánimo exclusivamente dilatorio es establecer mecanismos que garanticen una respuesta rápida frente al recurso interpuesto.

El legislador, que en este aspecto dio muestras de una gran sinceridad a la hora de justificar los motivos de la reforma, consideró que el sistema se fundamentaba en “una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia”. Por eso, la eficacia de este sistema dependerá en gran medida del grado de fiabilidad que tengan las sentencias dictadas en el primer grado jurisdiccional pero la precariedad que caracteriza a la sentencia sometida a recurso quizás no aconseje obrar en estos momentos de otra manera.

A todos estos inconvenientes, se suman otros que se entrecruzan de tal forma que condicionan su ejercicio; quizás el más llamativo es el relativo al pago de costas. Por supuesto, considerar que puede haber una eventual condena en costas en la hipótesis de que se deniegue la ejecución provisional, en modo alguno debiera constituir un elemento determinante para disuadir a quienes tienen una sentencia a su favor. Como hemos indicado la denegación sólo puede venir motivada por razones procesales y no por razones de fondo.

Evidentemente, esta cuestión no se hubiera planteado en el caso de que la ley hubiera reconocido de una forma más explícita el principio general de la inmediata ejecutabilidad de

las sentencias dictadas en primera instancia porque, de haberse hecho así, nadie habría cuestionado si quien solicita la ejecución al amparo de una norma debe ser o no ser condenado en costas. Sin embargo, tal como se ha articulado parece como si la ejecución provisional estuviese sometida a un criterio diferente, salvo que se tenga conciencia de que la ejecución provisional es ejecución y que, en consecuencia, la única posibilidad que tiene el ejecutado es ejercer su derecho a oponerse o en su caso obtener la suspensión de la misma.