



Doctrina

Las posibilidades de oposición ante una ejecución provisional de condena dineraria

LA LEY 1258/2013

Las posibilidades de oposición ante una ejecución provisional de condena dineraria instada por un litigante insolvente

Arturo MUÑOZ ARANGUREN

Abogado. RAMÓN C. PELAYO ABOGADOS

El régimen de ejecución provisional de sentencias de condena dineraria en la jurisdicción civil que estableció la LEC 1/2000 es, en general, acertado, sin perjuicio de lo cual son cada vez más frecuentes las ejecuciones instadas por litigantes insolventes. El presente trabajo tiene como finalidad buscar una interpretación racional de los arts. 528.3 y 530.3 LEC, que son abiertamente contradictorios en su literalidad, de forma que los derechos de la parte ejecutante y ejecutada encuentren el debido equilibrio.

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (en adelante LEC o LEC 2000) supuso una ruptura con la histórica tradición procesal limitativa de la ejecución provisional de las sentencias en la jurisdicción civil. Bajo la LEC 1855, sólo eran ejecutables las sentencias de segunda instancia recurridas en casación que fueran enteramente coincidentes con las pronunciadas en primera instancia; la primera versión de la LEC 1881 también limitaba la ejecución provisional a las sentencias de segunda instancia, aunque desapareció el requisito de que fueran coincidentes con la de primera instancia; la reforma de la LEC de 1881 por Ley 34/1984 permitió la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia, siempre que el solicitante prestara caución para garantizar la devolución de lo obtenido en caso de que la sentencia recurrida fuera revocada.

La LEC 2000 introdujo la posibilidad general de ejecutar sentencias condenatorias de primera instancia, sin necesidad de prestar caución (art. 526 LEC), lo que supuso una de las novedades más relevantes que introdujo la citada norma. Para el legislador, la reforma era deseable dada la razonable calidad de la «justicia de primera instancia», que hacía que fuera —relativamente— infrecuente

que se ejecutara una sentencia contra un deudor que, en realidad, no lo fuera; y, aún más infrecuente, que dicho deudor no pudiera resarcirse de los daños y perjuicios sufridos debido a la insolvencia del acreedor que tampoco lo era.

Además, la LEC 2000 preveía expresamente —en caso de tratarse de una condena dineraria—, la imposibilidad del ejecutado de oponerse a dicha ejecución provisional permitiendo, exclusivamente, la oposición ante actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, y sólo en el caso de justificar que dichas actuaciones le causarían una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios.

El legislador pretendía, confesadamente, obtener una serie de efectos importantes con esta nueva regulación: en primer lugar, un mayor grado de cumplimiento de los contratos entre las partes; y en segundo lugar, una disminución de la duración de los pleitos, en particular, mediante la disminución de los recursos «meramente dilatorios (1)».

Habiendo transcurrido ya más de una década desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, puede afirmarse que el balance de esta nueva regulación es, en general, positivo.

Ahora bien, el tiempo transcurrido ha evidenciado también que esta nueva regulación puede dar lugar a supuestos presumiblemente no queridos (y no previstos) por el Legislador. Es el caso de la ejecución provisional de pronunciamientos de condena dineraria por litigantes acreditadamente insolventes, de forma que, de consumarse estas ejecuciones, en realidad se tornan en «definitivas», pues ya desde el mismo momento de iniciarse la ejecución es evidente que, de ser revocada o casada la sentencia provisionalmente ejecutada, el ejecutante no estaría en disposición de devolver el dinero entregado en ejecución de la sentencia no firme.

Lo que en un principio eran casos aislados, con el advenimiento de la crisis económica ha terminado por convertirse en un peligroso supuesto recurrente al que la LEC no da, al menos en su estricta literalidad, una solución plenamente satisfactoria. El problema es grave puesto que no es ya infrecuente que sociedades declaradas en concurso de acreedores (2) —incluso encontrándose en fase de liquidación—, insten la ejecución provisional de sentencias favorables de condena dineraria, de forma que se sabe ya, de antemano, tanto por el órgano judicial como por las partes, que esa ejecución provisional es, en realidad, una ejecución definitiva encubierta, puesto que una eventual futura revocación de la sentencia tendría un contenido puramente retórico, ante la imposibilidad material de la ejecutante de devolver el dinero cobrado.

Esta preocupación alcanzó hace ya años a nuestro Jueces y Magistrados, quienes durante el Seminario sobre la ejecución provisional que fue organizado por el Consejo General del Poder Judicial en 2008 —dentro de las sesiones de formación continua (2008-SE08047) (3)—, concluyeron de forma mayoritaria lo siguiente:

«Quizá será este punto el que ha suscitado mayor debate y, sobre todo las críticas más unánimes en cuanto a la opción adoptada por el legislador, en relación con el riesgo de que la insolvencia del ejecutante provisional pueda frustrar el derecho del ejecutado al reembolso de lo satisfecho más el resarcimiento por los daños y perjuicios que la ejecución le hubiere ocasionado. El peligro ha sido expresamente valorado por el legislador, tal como se refleja en el apartado XVI de la Exposición de Motivos. Es innegable que establece, como regla, tal ejecución provisional de condenas dinerarias que entraña el peligro de que quien se haya beneficiado de ella no sea luego capaz de devolver lo que haya percibido, si se revoca la sentencia provisionalmente ejecutada (...) Con el sistema de esta Ley, existe, desde luego, el peligro de que el ejecutante provisional haya cobrado y después haya pasado a ser insolvente».

II. LA REGULACIÓN EN LA LEC

La regulación de esta cuestión en los arts. 528.3 y 530.3 LEC es muy deficiente desde el punto de vista de la técnica legislativa y hubiera sido deseable que, en alguna de las más de treinta reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizadas desde que ésta entró en vigor hasta el momento de escribir estas líneas, se hubiera clarificado esta cuestión para garantizar de forma inequívoca al ejecutado que se vea compelido a cumplir con una resolución judicial —cuando esté acreditada la insolvencia actual del ejecutante provisional— que, de ser estimado su recurso contra la indicada resolución, el daño patrimonial derivado de la ejecución no será irreversible. Así lo exigen, además, de forma terminante, los arts. 533.1 y 537 LEC.

El art. 528.3 LEC dispone que, si la sentencia fuese de condena dineraria, el ejecutado no podrá oponerse a la ejecución provisional, sino únicamente a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando entienda que dichas actuaciones le causaran una situación imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios. A continuación, ese apartado exige que «al formular esta oposición a medidas ejecutivas concretas, el ejecutado habrá de indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone, así como ofrecer caución suficiente para responder de la demora en la ejecución, si las medidas alternativas no fuesen aceptadas por el Tribunal y el pronunciamiento de condena dineraria resultara posteriormente confirmado. Si el

ejecutado no indicara medidas alternativas ni ofreciese prestar caución, no procederá en ningún caso la oposición a la ejecución y así se decretará de inmediato por el Secretario Judicial».

A la vista de lo anterior parecería que, incluso ante casos excepcionales en los que constara acreditada, *ab initio*, la imposibilidad de restaurar la situación anterior (esto es, de devolver el dinero), al ejecutado no le bastaría con ofrecer caución suficiente para responder de la demora en la ejecución, sino que, además, acumulativamente, habría de indicar al Juzgado otras medidas o actuaciones ejecutivas alternativas, «que fueran posibles». Ahora bien, en todos los supuestos en los que el ejecutante sea insolvente al iniciarse la ejecución provisional carece de sentido que el ejecutado indique «medidas ejecutivas alternativas» puesto que, en virtud de todas ellas (por ejemplo, sustituir la traba de su vivienda habitual por el embargo otro inmueble de su propiedad), por definición, el ejecutado haría efectiva la condena dineraria y sería imposible después, en caso de revocación de la sentencia ejecutada, la recuperación de lo pagado (4).

El art. 530.3 LEC no contempla esos dos requisitos (medidas ejecutivas alternativas y caución suficiente) como acumulativos, sino alternativos, señalando lo que sigue:

«Cuando, siendo dineraria la condena, la oposición se hubiera formulado respecto de actividades ejecutivas concretas, se estimará dicha oposición si el Tribunal considerara posibles y de eficacia similar las actuaciones o medidas alternativas indicadas por el provisionalmente ejecutado o si, habiendo éste

ofrecido caución que se crea suficiente para responder de la demora en la ejecución, el tribunal apreciara que concurre en el caso una absoluta imposibilidad de restaurar la situación anterior a la ejecución o de compensar económicamente al ejecutado provisionalmente mediante ulterior resarcimiento de daños y perjuicios en caso de ser revocada la condena.»

Existe, en definitiva, una clara antinomia entre los arts. 528.3 y 530.3 LEC, de suerte que en un caso los requisitos se conceptúan como acumulativos y, en otro, como alternativos. Adelantamos ya que, a nuestro juicio, esta contradicción debe resolverse dando prevalencia a lo dispuesto en el art. 530.3 LEC; es decir, entendiendo que el ofrecimiento de caución es suficiente para que se estime la oposición a una actuación ejecutiva concreta del procedimiento de apremio en aquellos supuestos —sin duda excepcionales—, en que concorra, como dice el propio precepto, una «absoluta imposibilidad de restaurar la situación anterior a la ejecución», como sería el caso de que la ejecución provisional hubiera sido instada por un litigante en una acreditada situación de insolvencia.

La tramitación parlamentaria de la LEC no permite llegar a conclusiones definitivas que resuelvan la contradicción legal antes vista. El grupo parlamentario nacionalista vasco formuló ante el Senado cuatro enmiendas que proponían una importante modificación en el régimen de la ejecución provisional previsto en el Proyecto de Ley. Se perseguía reequilibrar lo que —a juicio de ese grupo parlamentario— suponía, en el texto del entonces Proyecto, una excesiva ventaja para el litigante que obtuviera una resolución fa-

OPINIÓN

La regulación de la ejecución provisional de sentencias prevista en la LEC 1/2000 es, en términos generales, correcta. Sin embargo, es cada vez más frecuente que un litigante que sea ya insolvente en el momento de iniciarse la ejecución, inste la ejecución provisional de pronunciamientos de condena dineraria, de forma que, en esos casos, el proceso de ejecución se convierte en «definitivo», pues, aunque la sentencia sea posteriormente revocada, el ejecutante no podrá devolver lo que recibió en su día del ejecutado. En cuanto a las posibilidades de defensa del ejecutado ante estos casos, existe una clara contradicción entre los arts. 528.3 y 530.3 LEC, pues en un caso el requisito de proponer medidas ejecutivas alternativas se conceptúa como acumulativo al de prestar caución; y, en el otro, como alternativo. No obstante, una interpretación racional —y constitucional— de esos preceptos, así como la ponderación de los intereses en conflicto, apuntan a que debe permitirse, con carácter excepcional, la suspensión de las actuaciones ejecutivas irreversibles mediante la simple prestación de caución por parte de ejecutado, cuando exista una situación de insolvencia actual del ejecutante, pues en caso contrario se cercenaría el derecho a la tutela judicial efectiva del aquél, tanto en su vertiente del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, como en la de acceso a los recursos establecidos por la Ley. Así ocurre, además, en los países de nuestro entorno, cuyas leyes procesales permiten la suspensión de la ejecución de condenas dinerarias mediante la prestación de caución por parte del ejecutado.

En tanto en cuanto no se produzca una clarificación de esta cuestión por parte del Legislador, debe abogarse por una aplicación de las normas jurídicas que disciplinan actualmente la ejecución provisional de las sentencias de condena dineraria, que sea respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado.

vorable, en grave detrimento, se alegaba, del «derecho a la tutela cautelar» (sic) del que interpone un recurso jurisdiccional frente al pronunciamiento que se ejecuta provisionalmente, al no garantizar el texto legal proyectado, en la medida necesaria, la efectividad del recurso frente a los riesgos que acarrea el transcurso del tiempo necesario para su resolución (5). Si bien es cierto que tales enmiendas no fueron aceptadas, también lo es que el Proyecto de Ley permaneció, en lo que a estos preceptos de refiere, inalterado durante toda su tramitación parlamentaria, de forma que la contradicción entre los arts. 528.3 y 530.3 LEC se encontraba ya, incluso, en el Anteproyecto.

En este punto, interesa recordar (con el objeto de mostrar cuál era la intención del prelegislador) lo que se decía en el apartado VIII de la introducción del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil:

«Así, pues, se opta por la ejecución provisional sin necesidad de prestar fianza ni caución, aunque no sin un prudente régimen de oposición a dicha ejecución, de suspensión —que, dejaría en pie, no obstante, los embargos y traba— y de reglas para los distintos casos de revocación de las resoluciones provisionalmente ejecutadas, que no se limitan a proclamar retóricamente la responsabilidad por daños y perjuicios (6)».

Finalmente, conviene no olvidar que, apenas dos años después de la entrada en vigor de la LEC, la presión generalizada de los medios de comunicación hizo ceder al poder político —y al legislativo— para modificar el régimen general de ejecución de las condenas dinerarias e introducir el número 3.º del art. 525 LEC (lo que se hizo a través de la Disposición Adicional n.º 12.2.ª de la LO 19/2003, de 23 de diciembre).

Con arreglo a este apartado «[n]o 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». La justificación de la enmienda n.º 252 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, por la que se adicionó el apartado 3.º del art. 525 pretendía —al menos así se justificaba— conciliar la protección de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen agraviados, con la del también derecho fundamental a la libertad de expresión e información. Mediante la interdicción de la ejecución provisional de los pronunciamientos indemnizatorios, se pretendía impedir que la empresa condenada pudiera ver en peligro su continuidad como medio de comunicación, garantizándose así que pudiera seguir ejerciendo el derecho fundamental a la libertad de información (7).

III. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

No se pretende en este trabajo criticar el régimen legal de la ejecución dineraria —que estimamos más acertado que el anteriormente vigente—, y que supone, en esencia, desplazar el riesgo de la insolvencia del ejecutado al ejecutante. Esto es, de la misma forma que, bajo la vigencia de la LEC de 1881 la exigencia de garantía para instar la ejecución impedía en muchos casos que la misma se instara de forma que, cuando la sentencia confirmatoria alcanzara firmeza, el ejecutado había devenido insolvente —de forma deliberada o no—, ese riesgo se traslada por LEC 2000, una vez dictada la sentencia en primera instancia, al ejecutante, de forma que si la sentencia es posteriormente revocada o casada y, en el ínterin, la parte ejecutante ha devenido insolvente, no podrá el ejecutado recuperar lo ya pagado en sede de ejecución provisional.

Esta apuesta legislativa de la LEC 2000 es perfectamente razonable; es acertado presuponer que es más probable que la sentencia de primera instancia sea confirmada, que lo contrario. Los datos estadísticos así lo avalan, puesto que la tasa de confirmación de las sentencias recurridas en apelación se mantiene uniforme, en los últimos años, en torno al 60% (8).

Pero una cosa es que el ejecutado tenga legítimamente que asumir, con carácter general, el riesgo derivado de la insolvencia futura de la ejecutante, el *periculum in mora* derivado del tiempo que se tarde en resolver el recurso y otra es imponer ese mismo régimen en aquellos supuestos —excepcionales— en los que conste acreditada, sin ningún género de dudas, la imposibilidad *actual* del ejecutante de devolver las cantidades que reciba a través de la ejecución provisional.

Son, sin duda alguna, supuestos excepcionales, que podemos reducir a tres:

- (i) Encontrarse el ejecutante en situación legal de concurso de acreedores (9);
- (ii) Estar el ejecutante, a pesar de no haber instado formalmente el concurso, está en una situación fáctica de manifiesta insolvencia actual;
- (iii) Que el ejecutante sea una sociedad (o persona física) radicada en un *paraíso fiscal* (o sus últimos beneficiarios) de los recogidos en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, con la consiguiente imposibilidad de contar con la cooperación de esos estados extranjeros en el reconocimiento y ejecución de una eventual sentencia revocatoria, si el dinero es transferido a esos países (10).

Parece sensato, en estos supuestos, hacer una lectura de la LEC que evite que el

curso de apelación y/o casación o infracción procesal quede privado de sentido —riesgo advertido, como veíamos, en la introducción del Anteproyecto, que ya entonces se quería conjurar—, puesto que, de ser estimado, nunca podría restaurarse la situación anterior y darse cumplimiento a los arts. 533.1 y 537, ante la manifiesta imposibilidad de recuperar ese dinero de una sociedad en concurso (incluso ya liquidada para entonces), completamente insolvente o radicada en un estado que forme parte de los denominados *paraísos fiscales* (como es sabido, la cooperación de dichos países a la hora de ejecutar las sentencias extranjeras es una quimera). Por utilizar las palabras del Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de noviembre de 1994, «[l]as normas jurídicas no deben ser interpretadas de manera que conduzcan a soluciones que no se adaptan al contenido y filosofía que inspira el cuerpo legal en el que están insertas o las mismas lleguen a ser absurdas e inoperantes». Se impone, pues, la búsqueda de una interpretación de los arts. 528.3 y 530.3 LEC que no haga puramente retórico el mandado legal que imponen los arts. 533.1 y 537 de ese mismo cuerpo legal.

IV. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PREVALENCIA DEL ART. 530.3 LEC. SUFICIENCIA DE LA APORTACIÓN DE CAUCIÓN

1. Acudiendo al primero de los criterios hermenéuticos de las normas jurídicas mencionados por el art. 3.1 del Código Civil, esto es, a su interpretación literal, es cierto que los arts. 528.3 y 530.3 LEC son abiertamente contradictorios a la hora de determinar el carácter acumulativo o alternativo de los requisitos de propuesta de actuaciones ejecutivas alternativas y prestación de caución por parte del ejecutado.

Para salvar esta contradicción debe hacerse constar que el art. 528.3 LEC permite, expresamente, al Juzgador estimar la oposición a la actuación ejecutiva del procedimiento de apremio aun cuando la medida alternativa propuesta no fuera aceptada por el Tribunal, de forma que es posible acordar la suspensión con la simple obligación del ejecutado de ofrecer caución suficiente para responder de la demora en la ejecución. Lo anterior supone relativizar en buena medida la importancia del requisito de la propuesta de «medidas alternativas» de forma que, a nuestro juicio, debe prevalecer el tenor literal del art. 530 LEC, de manera que los dos requisitos antedichos se conceptúan como alternativos. Así lo entiende la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª) en su Auto de 19 de diciembre de 2002, ante la ejecución provisional instada por una sociedad en quiebra, proclamando que en tal caso procede la suspensión de la ejecución provisional si el ejecutado presta garantía suficiente de cumplimiento, confi-

gurándose ésta no como una solución subsidiaria a la aceptación de las medidas sustitutivas ofrecidas por el ejecutado, sino como una alternativa a las mismas:

«Como es obvio, la posterior regulación que de la materia se contiene en la Ley está en consonancia con aquellos principios manifestados en la Exposición de Motivos. Pero la rotundidad de aquellos principios, y de su ulterior regulación, no obsta para que en determinados supuestos se permita una efectiva oposición a la solicitada ejecución provisional, tal como se contempla en el art. 528.3, en el que se manifiesta que si la condena es dineraria, como es el caso presente, el ejecutado podrá oponerse a la ejecución provisional respecto de actuaciones ejecutivas concretas e indicando otras que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría la actuación o medida a la que se opone, así como el ofrecimiento de caución suficiente para responder de la demora de la ejecución, si aquellas medidas alternativas no fuesen aceptadas por el Tribunal. Y éste es el caso que se contempla en la presente ejecución, en la que, por un lado, la oposición no es genérica sino en relación a actuaciones concretas, como es el embargo decretado, y por otro lado, se ha ofrecido la caución suficiente, que no ha de ser subsidiaria respecto de aquellas medidas como la redacción del precepto podría dar a entender, sino que puede tener carácter principal e independiente respecto de aquéllas, como claramente se desprende del posterior art. 530.3 LEC.»

También apuntan en esa dirección las conclusiones Seminario de jueces y magistrados sobre la ejecución provisional organizado por el Consejo General del Poder Judicial en 2008 antes mencionadas:

«Se estima mayoritariamente, por tanto, que la oposición, en el caso de la ejecución dineraria, puede desembocar en una suspensión de la misma, siempre y cuando, primero, se aprecie un manifiesto riesgo de que la insolvencia del ejecutante pueda dar al traste con la expectativa del ejecutado de recuperar lo satisfecho en caso de revocación y, segundo, se preste por el ejecutado una caución que garantice al ejecutante el cobro en caso de confirmación. Se considera que de este modo se cohesionan los derechos e intereses de ambas partes, sin peligro para el ejecutante de que pueda ver finalmente burlado su derecho de crédito y sin riesgo para el ejecutado de que pueda perder lo satisfecho si finalmente se declara que no estaba obligado a satisfacerlo.»

2. Con arreglo a lo declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1991 «[l]as normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que



han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas»; *espíritu y finalidad que son no un mero elemento de interpretación, sino la clave fundamental para orientar aquélla; de antiguo ha sentado la doctrina de esta Sala la insuficiencia del criterio literal en la interpretación de la norma jurídica y así dice la Sentencia de 23 de marzo de 1959* «que si bien en materia de interpretación de las normas legales es preciso partir de la literalidad de su texto, no puede menos de tenerse en cuenta el valor de resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico».

También desde el punto de vista de la racionalidad de la norma a lo que alude el Tribunal Supremo en la sentencia citada, la tesis que sustenta la prevalencia del art. 530.3 LEC es la más convincente. Atenta contra la lógica más elemental que se permita, con plena consciencia, sin ningún tipo de cautela, una ejecución provisional por parte de un litigante insolvente que imposibilitará, en su caso, la devolución de lo cobrado, si la sentencia es finalmente revocada. No parece que la intención del legislador fuera condenar en esos casos al ejecutado a que su derecho —fundamental— a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y de acceso a los recursos fuera ilusorio (11). La finalidad de la norma es, sin duda, facilitar la ejecución provisional de las sentencias de condena dineraria como principio general, pero de ello no se sigue que, en supuestos excepcionales, estando perfectamente acreditada la insolvencia actual del ejecutante, la misma norma deba aplicarse de forma implacable y sin matices de ninguna clase, convirtiendo en definitiva una ejecución que con arreglo a la propia LEC, no debería serlo.

Tesis que comparte la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª) en su Auto de 10 de febrero de 2004 cuando declara que:

«El texto de la ley no avala la interpretación de seguir la ejecución a todo trance para evi-

tar la situación absurda de que el ejecutante cobre, pero no pueda reintegrar después aunque se abra una nueva ejecución contra él, lo cual sería una pérdida de tiempo y de medios si de antemano se sabe que no va a ser efectiva.

Así pues, del art. 528.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se desprende como regla general la ejecución pero admitiendo como verdaderamente excepcionales algunos casos en que no se dé lugar a alguna medida concreta. Esto solo tendrá lugar cuando razonablemente se prevea que dichas actuaciones causarán una situación absolutamente imposible de restaurar o compensar (en cuyo caso se debe sustituir la medida por otra que garanticen la efectividad de la ejecución), lo cual pone de manifiesto que la regla general de ejecución no excluye de su horizonte la restitución sino que, por el contrario, la contempla y de modo tal que caso de preverse su imposibilidad, actúa como causa de exclusión no tanto de la ejecución en sí, pero de la medida concreta cuando se ofrece caución bastante y el Tribunal apreciare que concurre en el caso una absoluta imposibilidad de restaurar la situación anterior a la ejecución o de compensar económicamente al ejecutado provisionalmente mediante ulterior resarcimiento de daños y perjuicios, en caso de ser revocada la condena, según dispone el art. 530.3 de la Ley Procesal...»

El argumento empleado por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 1991, antes transcrita parcialmente, en el sentido de que habría de tenerse en cuenta, a la hora de interpretar una norma legal, las consecuencias de su aplicación; es decir, por utilizar sus palabras, «el valor de resultado», invita a pensar que la normas procesales examinadas (arts. 528.3 y 530.3 LEC), en su correcta inteligencia, no pueden amparar que el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutado quede cercenado como consecuencia de la posibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia (como ya hemos indicado, este derecho



fundamental se vería conculcado, tanto en su vertiente del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, como en el de acceso a los recursos establecidos por la Ley).

3. El derecho comparado también apunta en esta dirección. El actual Código Procesal Civil Alemán —conocido por su abreviatura, ZPO (*Zivilprozessordnung*)— permite en su art. 711 que el deudor pueda oponerse a la ejecución provisional decretada por el Juez, otorgando una caución adecuada.

Por lo que se refiere al vigente Código de Procedimiento Civil Francés, debemos señalar que en su art. 517 permite que la concesión de la ejecución provisional pueda condicionarse a la prestación de una caución (12), cuya naturaleza, extensión y modo de constitución se determinará en la propia sentencia —que, igualmente declarará si la misma es o no ejecutable provisionalmente—. El deudor tiene derecho a suspender el curso de la ejecución provisional prestando fianza suficiente para garantizar el pago del principal, los intereses y las costas, para el caso de que la sentencia sea confirmada.

Finalmente, el art. 283 del Código de Procedimiento Civil Italiano, tras la reforma operada por la Ley 263/2005, permite igualmente la suspensión de la ejecución provisional decretada, en atención a la posible insolvencia de una de las partes, con o sin caución (13).

4. No debe olvidarse tampoco que, después del título preliminar del Código Civil, que data de 1974, la innovación legislativa más importante en materia de reglas sobre interpretación de leyes fue consecuencia de la aprobación de la Constitución Española. De conformidad con el art. 5.1 LOPJ, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, «conforme a

la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Como afirma Pablo Salvador Coderch, esta exigencia de interpretación o reinterpretación de los enunciados legales en función de la jurisprudencia constitucional limita de manera notable el alcance de la interpretación lingüística (o, en cualquier caso, histórica, en la aplicación judicial del Derecho), pero no permite prescindir de ella porque, precisamente, es necesaria a la hora de conocer el alcance de la propia doctrina del Tribunal Constitucional.

Si bien con vacilaciones, la doctrina jurisprudencial del TC ha declarado ya que los daños puramente patrimoniales pueden conceptuarse, si concurren circunstancias especiales, como irreparables. Pionero a este respecto fue el *Auto del TC n.º 326/1985, de 14 de mayo*, cuando declaró que «ponderadas en el presente caso todas las circunstancias concurrentes, cabe afirmar que la suspensión de la ejecución solicitada evita la producción de perjuicios a los recurrentes que, si bien no son de imposible reparación probablemente serían más difíciles de reparar que los que se causarían a quienes han sido favorecidos por la Sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Valladolid a los que, en principio, solo afectaría el retraso en la ejecución de un pronunciamiento confirmatorio de la anterior resolución». El *Auto del Tribunal Constitucional n.º 13/1999, de 25 de enero*, resume el enfoque del Tribunal:

«No obstante, el Tribunal ha acordado excepcionalmente la suspensión en aquellos supuestos en los que el pago era susceptible de entrañar perjuicios irreparables atendida su cuantía y las circunstancias del condenado (AATC 6/1996 y 109/1997, entre otros)».

Conviene retener que, en estos supuestos examinados por el Tribunal Constitucional, el recurrente tenía la posibilidad, en principio,

de ver resarcido el daño irrogado, al menos parcialmente, por medio de la correspondiente restitución pecuniaria, si su recurso de amparo era después estimado; algo que, en el caso que nos ocupa, se antoja imposible, siendo también descartable, salvo en los supuestos excepcionales de error judicial en sentido estricto, que el ejecutado, después de obtener una resolución favorable al recurso interpuesto, pudiera exigir la correspondiente responsabilidad patrimonial a la Administración de Justicia si no logra que el inicial ejecutante le devuelva lo cobrado, incrementado con el interés legal.

5. A idéntica conclusión se llega si se aplica uno de los hallazgos más característicos de las actualmente predominantes teorías argumentativas del Derecho. En efecto, de aplicarse la conocida «fórmula del peso» de Robert Alexy (14) —que la Sala Primera del Tribunal Supremo utiliza ya habitualmente para resolver los conflictos entre derechos fundamentales (15)—, y de acuerdo con su técnica de ponderación de los derechos en conflicto, la vulneración —que debe reputarse como grave, por ser irreversible— del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutado en supuestos de insolvencia *ab initio* del ejecutante —en sus vertientes del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y de acceso (efectivo) a los recursos—, debe hacer ceder al derecho —no fundamental—, del ejecutante (insolvente) a que se ejecute, de forma provisional, la resolución judicial dictada (que el derecho a la ejecución provisional de las resoluciones judiciales no forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva fue proclamado ya por el Tribunal Constitucional en su STC 80/1990, que lo calificó como un derecho de configuración legal o de mera legalidad ordinaria). Lo anterior nos conduce al art. 5 LOPJ y a la necesidad de que los órganos judiciales realicen una interpretación de las normas que regulan la ejecución provisional forzosa que sea respetuosa con la doctrina del TC sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, en este caso, del ejecutado (16).

Esta postura equilibrada entre los derechos de ambos litigantes es la que, utilizando la terminología de Robert ALEXY (17), cumple más fielmente con el principio de proporcionalidad que rige la *fórmula del peso*. En definitiva, si el principio general que habilita la ejecución dineraria provisional, sin necesidad de prestar caución, puede conceptuarse como un «mandato legal de optimización», su característica fundamental es que puede ser cumplido en diferente grado —y que el grado de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las jurídicas—; y el ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado por los principios y reglas opuestas; singularmente, en este caso, por el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutado (superior en grado,

al tratarse de un derecho fundamental). El primer principio —derivado de un derecho de legalidad ordinaria— debe ceder ante el segundo, en la medida en que la aplicación del mismo no sea compatible con éste y por esta razón se afirma que, en atención a cada caso concreto, los principios tienen diferente «peso» y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de mismo y no según la dimensión de validez (18).

6. El último término, si a pesar de todo lo anteriormente expuesto se entendiera que los requisitos mencionados en los arts. 528.3 y 530.3 no son alternativos, una interpretación de estos preceptos, acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional antes expuesta, debería conducir a los órganos judiciales a admitir —con suspensión de la actuación ejecutiva irreversible impugnada—, como medida de actuación ejecutiva alternativa propuesta por el ejecutado, el embargo de bienes suficientes de su patrimonio que cubran el importe del principal y, a la vez, el ofrecimiento de caución, exclusivamente, por el importe estimado de los intereses que se devengarán durante la tramitación del recurso interpuesto. En efecto, es significativo que, al referirse a la caución, tanto el art. 528.3, como el art. 530.3 mantengan que la misma debe ser suficiente para responder «de la demora en la ejecución», sin mención el principal. En ese sentido, no debe perderse de vista que el embargo no sólo es una medida cautelar, sino que también constituye una medida ejecutiva en sentido estricto. En coherencia con ello, la LEC lo regula dentro de

su Título II, relativo a la ejecución provisional de resoluciones judiciales.

Otra solución que podría adoptarse —postulada por algunas resoluciones judiciales— sería la exigencia al ejecutante, con carácter previo a la realización de la actuación ejecutiva del procedimiento de apremio, de una caución suficiente que garantizara la devolución de lo cobrado con sus intereses, siendo el coste financiero de dicha garantía a cargo de ejecutado. Esta postura cuenta con la desventaja de no estar expresamente prevista en el art. 530.3 LEC, salvo en el supuesto de que, de manera notablemente forzada, se entendiera que esta exigencia de aval al ejecutante pudiera ser propuesta por el ejecutado como una «actuación ejecutiva alternativa», lo que no parece ser el caso.

V. CONCLUSIONES

La solución más razonable pasa, a nuestro juicio, por entender que en los supuestos de acreditación de la imposibilidad actual de la devolución de las cantidades cobradas en virtud de la ejecución provisional por parte del ejecutante, debe permitirse que el ejecutado, a su costa, preste caución por el importe de la cantidad por la que despachó ejecución, incrementada con el importe previsible de los intereses de demora (19). Es cierto que, en estos supuestos, se priva al ejecutante de recibir inmediatamente el importe de la condena dineraria contenida en el fallo de la sentencia, pero es la única manera de, pon-

derando los dos intereses en juego, garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutado.

Insistimos en que la intención del legislador nunca pudo ser la conversión de la ejecución provisional en definitiva, como consecuencia de la acreditada insolvencia, antes de comenzar la ejecución, del propio ejecutante; en aquellos supuestos en los que existe, a priori, un riesgo acreditado o muy elevado de que la devolución de lo cobrado sea ilusoria —si después la sentencia ejecutada es revocada—, debe prevalecer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado, sobre el derecho (insistimos: de mera legalidad ordinaria) a la ejecución provisional de las resoluciones judiciales.

Por tanto, y a la espera de una deseable modificación de la LEC que regule de forma más precisa esta materia, puede concluirse que, sin violentar el tenor literal del actual art. 530.3 LEC, en estos supuestos deberá concederse al ejecutado la posibilidad excepcional, mediante la aportación de la caución correspondiente, de dejar en suspenso la actuación (irreversible) de apremio acordada en el seno de la ejecución provisional de una condena dineraria; siempre y cuando el ejecutante haya acreditado ante el órgano judicial, sin ningún género de dudas, la insolvencia actual, legalmente declarada o *de facto*, de quien insta la ejecución provisional, o la imposibilidad de ejecutar una eventual futura sentencia revocatoria en atención al país de origen del ejecutante. ■

NOTAS

(1) Mientras que el primer objetivo del legislador sí parece plausible —al menos en la teoría—, no está tan claro que el segundo se haya alcanzado. Francisco RAMOS ROMEU hace un interesante análisis de esta cuestión, desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, en su trabajo «¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados?», *Revista Indret*, 4/2006.

(2) Se podría oponer el argumento de que no necesariamente una sociedad en concurso dejará de pagar los créditos reconocidos en el seno del proceso concursal (incluidos los de naturaleza contingente asociados a un litigio), mediante la aprobación y cumplimiento del correspondiente convenio de acreedores. Sin embargo, un vistazo a la estadística concursal despeja cualquier duda: a lo largo del período 2006-2010 los datos confirman el carácter liquidatorio del concurso (entre un 90 y un 95 por ciento de los casos). «Balance del sistema concursal tras cinco años de estadística concursal». Esteban VAN HEMMEN ALMAZOR. *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, núm. 26, 2012, págs. 307-343. De ese exiguo número de concursos que no acaban en liquidación, la tasa de expectativa de recuperación del crédito asciende a un porcentaje del 51,86% del importe total del crédito («Anuario de estadística concursal de 2011», Colegio de Registradores de la Propiedad,

Bienes muebles y Mercantiles de España, pp. 40). No hay, que yo sepa, estadísticas sobre el porcentaje de su crédito que reciben los acreedores en caso de liquidación, pero dado que casi un 70% de las sociedades que son declaradas en situación legal de concurso presentan ya, en ese momento, fondos propios negativos (vid, «Anuario de estadística concursal de 2011») podemos concluir en que ese porcentaje será mínimo —por no decir insignificante—, siendo en muchos casos igual a cero, dado que los escasos activos de la concursada se utilizan, en su integridad, para abonar los créditos contra la masa correspondientes a los honorarios de la administración concursal, el procurador y el abogado de la concursada.

(3) Puede accederse al contenido de dicho seminario a través del siguiente enlace perteneciente a la página web del GCPJ: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgppj/principal.htm>.

(4) Salvo que se entienda por «medidas alternativas ejecutivas» el mantenimiento de la trata del bien, sin posibilidad de continuar la vía de apremio hasta que la sentencia sea firme. Luego volveré sobre esta cuestión.

(5) En coherencia con ello, se proponía en las enmiendas eliminar la supresión de la necesidad de prestar caución para solicitar la ejecución provisional; establecer la posibilidad de acordar medidas que evitan o impidieran los daños

que la ejecución provisional pudiera causar al apelante y que hicieran perder eficacia a una eventual sentencia estimatoria —revocatoria del pronunciamiento de condena provisionalmente ejecutado—; eliminar la obligación de ofrecer medidas alternativas a las acciones ejecutivas concretas, dejando esta propuesta como posibilidad del opositor a la ejecución; y, finalmente, la exclusión de la obligación de prestar caución para garantizar el resarcimiento del perjuicio por la demora en la ejecución. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado VI Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley*, 27 de octubre de 1999; núm. 154 (d).

(6) Se hace preciso recordar que el Libro Blanco de la Justicia elaborado por el Consejo General del Poder Judicial de 1998 entendió obligado regular la ejecución provisional de forma que las cauciones en ese momento exigibles para quien obtuviera sentencia a su favor no le imposibilitaran de hecho su utilización.

(7) Al margen de lo arbitrario —y oportunista— de esta excepción legal, fruto, al parecer, de una coyuntura muy concreta (comentaristas tan autorizados como MONTERO AROCA han sostenido que tuvo una influencia decisiva en la introducción de este apartado 3.º del art. 525 LEC una sentencia condenatoria que, durante el año 2003, resolvió una acción ejercitada por varios jugadores del «Fútbol Club Barcelona» contra «Telemadrid», así como contra el portal de internet «Micanoa», que fueron condenadas

al pago de 600.000 euros por la vulneración del derecho a la intimidad y el honor de los actores) parece relativizarse, al menos conceptualmente, la idea de que la ejecución provisional de condenas dinerarias procedería en todo caso. Si en este caso el derecho fundamental en conflicto que justificaba esta excepción era el de información, no vemos por qué al derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutado deba dispensarse un trato menos favorable. Como luego veremos, permitir ejecuciones provisionales de condenas dinerarias instadas por ejecutantes insolventes supondría la vulneración de ese derecho fundamental en, al menos, dos de sus vertientes: el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes —que vendría imposible al carecer de bienes el ejecutante si se revocara la Sentencia—; y el derecho de acceso a los recursos establecidos en la Ley —puesto que estos recursos sería puramente retóricos—.

(8) Según la información estadística facilitada por el CGPJ a través de su página web, la tasa de confirmación (total) de las resoluciones apeladas correspondiente al último trimestre de 2012 era de 65%, mientras que la de los recursos extraordinarios llegaba hasta un 89,3%.

(9) El hecho de que el art. 87.4 de la Ley Concursal disponga que «[c]uando el juez del concurso estime probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la confirmación del crédito contingente, podrá, a petición de parte, adoptar las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, de prestación de fianzas por las partes y cualesquiera otras que considere oportunas en cada caso» no me parece que sirva para atajar el peligro de que, si la sentencia provisionalmente ejecutada por la concursada sea revocada en el futuro, devenga imposible devolver el dinero cobrado. Al margen de que todo se hace depender de un subjetivo «juicio de probabilidad» del juez del concurso, la LC parece estar pensado precisamente en el supuesto opuesto; esto es, de una sentencia favorable en primera instancia a la otra parte (que por eso es titular de un crédito contingente), que puede pedir al juez del concurso que adopte las medidas oportunas para asegurarse que, si esa sentencia se confirma, cobrará su crédito en la forma que corresponda en atención a su naturaleza de su crédito (que, de acuerdo con la vigente LC, no por venir reconocido en sentencia firme cambia de calificación).

(10) En principio, parece razonable incluir en este apartado a todos aquellos países con los que, de conformidad con el art. 523 LEC, no existan tratados o convenios que permitan

el reconocimiento y ejecución de sentencias españolas. Lógicamente, también habrá de valorarse en estos casos si esa ejecutante, a pesar de estar domiciliado en uno de esos países, posee bienes suficientes en España para hacer frente a la eventual obligación legal de devolver lo cobrado, con sus intereses, si el recurso es estimado, así como la naturaleza de los mismos (no es lo mismo, por ejemplo, un bien inmueble, que una simple cuenta corriente, cuyo saldo puede hacerse «desaparecer» de forma instantánea).

(11) Debe citarse aquí la doctrina del TC, de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 316/1994, de 28 de noviembre, que explicita el alcance del derecho a los recursos establecidos por la Ley: «En tal sentido hemos dicho muchas veces, en esta o en otras palabras, que una vez diseñado el sistema de recursos por las leyes de enjuiciamiento de cada sector jurisdiccional, el derecho a su utilización tal y como se regula en ellas pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial...»

(12) «L'exécution provisoire peut être subordonnée à la constitution d'une garantie, réelle ou personnelle, suffisante pour répondre de toutes restitutions ou réparations».

(13) «Il giudice dell'appello, su istanza di parte, proposta con l'impugnazione principale o con quella incidentale, quando sussistono gravi e fondati motivi, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti, sospende in tutto o in parte l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, con o senza cauzione».

(14) Robert ALEXY (1989), «Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica», traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

(15) Por ejemplo, entre otras muchas, en la STS núm. 836/2011, de 24 de noviembre: «Cuando se trata de la libertad de información, la técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión [...] la técnica de la ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los derechos fundamentales que entran en colisión [...] En consecuencia, esta Sala se inclina por reconocer la prevalencia, en el caso examinado, del derecho a la libertad de información sobre la protección que merece el derecho al honor del demandante, pues el grado de afectación de este último es débil y el grado de afectación del primero es de gran intensidad».

(16) En esa línea discursiva se enmarca la opinión del magistrado Soler Pascual, Luis Antonio, en su artículo «La problemática que suscita la ejecución provisional, con especial referencia a la modificación en materia de sentencias afectantes a los medios de comunicación» publicado en «Práctica de Tribunales». Edit. LA LEY. Núm. 3 (marzo 2004): «No obstante, no puede dejar de reconocerse que el maniqueísmo en este tipo de ejecución, entendido como ausencia total de garantías junto a una constatada situación de desamparo en caso de revocación posterior, sí podría afectar de forma directa al derecho a la tutela judicial efectiva y podría cuando menos, caso a caso, plantear cuestiones de legalidad constitucional, si bien con una interpretación constitucional del régimen de oposición a la ejecución provisional, se podrían solventar tales objeciones».

(17) (Vid: «Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica»).

(18) Criterio de proporcionalidad que, a su vez, se subdivide en los siguientes principios: (i) principio de adecuación —en este caso, el sacrificio impuesto al ejecutante provisional en el ejercicio de su derecho es adecuado para preservar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del ejecutado—; (ii) se da cumplimiento también al principio de necesidad, en la medida en que no existe otra posibilidad menos lesiva para el ejecutante provisional, que dejar en suspenso las actuaciones ejecutivas (irreversibles) contra la aportación de la correspondiente caución por el ejecutado; (iii) y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en virtud del cual la tarea de ponderación propiamente dicha tiene lugar, y que en este caso garantiza que el ejercicio del derecho a la ejecución provisional se perturba en la menor medida posible, haciéndolo compatible con la satisfacción del otro derecho (en este caso, fundamental) en conflicto (18).

(19) Se pronuncia en idéntico sentido la mayor parte de la doctrina que ha analizado este problema. Así, a modo de ejemplo, Damián MORENO («Comentarios a la LEC», Editorial, Lex Nova, 2001), QUECEDO ARACIL («Comentarios a la nueva LEC», Volumen II, Iurgum Editores, Barcelona, 2000), MORENO CORTÉS, («La ejecución provisional en las sentencias de condena en primera instancia» publicado en Revista Española de Seguros (abril-junio 2005), y también ACHÓN BRUÑEN en su trabajo «La oposición a la ejecución provisional o a actuaciones ejecutivas concretas: soluciones a problemas que la Ley silencia» publicado en LA LEY: Revista Jurídica Española. Tomo 5 (2007).

laleydigital.es

CÓDIGOS COMENTADOS

/ CÓDIGO CIVIL / CÓDIGO PENAL

Xavier O'Callaghan Muñoz

Luis Rodríguez Ramos

Ahora, en laleydigital.es,
dos grandes obras
de referencia
permanentemente
actualizadas



NUEVOS PRODUCTOS
CON NUESTRAS
OBRAS MÁS VENDIDAS

Al alcance de un clic, comentarios de autor en los que exponen e interpretan el texto legal de forma clara y práctica junto a la jurisprudencia fundamental de cada artículo

Y CON LA GARANTÍA DE UN EXTRAORDINARIO EQUIPO DE AUTORES

• Xavier O'Callaghan Muñoz • Luis Rodríguez Ramos

 LA LEY
grupo Wolters Kluwer

INFÓRMESE AHORA

902 250 500 tel

clientes@laley.es | laleydigital.es