

# *Revista del Foro Canario*



IMPRESA PÉREZ GALDÓS, S.L.U.  
Profesor Lozano, 25 · El Sebadal  
35008 Las Palmas de Gran Canaria  
Islas Canarias · España  
I.S.S.N.: 0211-0903  
Depósito Legal: G.C. 258 · 1980

**“LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL PROCESO CIVIL.  
LA LEY 1/2000 DE ENJUICIMIENTO CIVIL”**

**Dra. Dña. Isabel Hernández Gómez**

Profesora Titular de Derecho Procesal de la  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria



# “LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL PROCESO CIVIL. LA LEY 1/2000 DE ENJUICIMIENTO CIVIL”

## SUMARIO:

### I. INTRODUCCIÓN

### II. LA EJECUCION PROVISIONAL EN EL VIGENTE PROCESO CIVIL ESPAÑOL

- 2.1. La Ejecución Provisional: Concepto y Clases
- 2.2. Naturaleza Jurídica de la Ejecución provisional
- 2.3. Presupuestos de la Ejecución Provisional
- 2.4. Objeto de la Ejecución Provisional:
  - A) *Resoluciones ejecutables provisionalmente*
  - B) *Resoluciones no ejecutables provisionalmente*
- 2.5. Sujetos de la Ejecución provisional
  - A) *Competencia del órgano jurisdiccional*
  - B) *Las partes. Legitimación*

### III. EL PROCEDIMIENTO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

- 3.1. La Solicitud de Ejecución Provisional y el Despacho de la Ejecución
- 3.2 El Desarrollo de la Ejecución provisional
- 3.3 La Oposición a la Ejecución provisional
  - A) *Concepto y Clases de oposición a la ejecución provisional.*
  - B) *La Oposición a la Ejecución Provisional de Condenas dinerarias.*
  - C) *La Oposición a la Ejecución provisional de Condenas no dinerarias.*
  - D) *Sustanciación de la Ejecución Provisional.*
  - E) *La Fianza en la relación a la Oposición a la Ejecución Provisional.*
- 3.4 La Resolución del Recurso: Confirmación y Revocación de la Sentencia provisionalmente ejecutada.
  - A) *Confirmación de los pronunciamientos ejecutados provisionalmente.*
  - B) *Revocación de los pronunciamientos ejecutados provisionalmente.*
- 3.5 La Ejecución Provisional de las Sentencias dictadas en Segunda instancia.



## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal Civil, aunque de raigambre antigua, ha sufrido su principal evolución a finales del siglo XIX y durante el siglo XX, constituyendo actualmente una Ciencia Jurídica con fundamentos propios y que, a pesar de las innumerables modificaciones que va sufriendo, continúa en crisis, debido, fundamentalmente, a la lentitud de los procesos, que a veces se alargan por años, sin que la parte que tiene la razón pueda obtener lo que por Ley le pertenece. Este es uno de los graves problemas que aquejan al proceso civil contemporáneo, toda vez que la instrumentalidad eficaz al servicio de la realización del derecho material es el fin último del proceso<sup>1</sup>.

De ahí que, los operadores jurídicos contemporáneos se encuentren con el desafío de dar una solución adecuada a este problema, siendo el instituto de la ejecución provisional y de la tutela anticipatoria en general, un valioso instrumento al servicio de las partes, capaz de permitir un avance en la tarea jurisdiccional de manera rápida y efectiva<sup>2</sup>.

Sin duda que el proceso es el instrumento para hacer efectiva la jurisdicción, pero el verdadero motor es el derecho de acción o derecho a la jurisdicción, concebido como derecho subjetivo, público y de naturaleza constitucional<sup>3</sup>, que en el ordenamiento jurídico español se recoge en el artículo 24.1 de la Constitución, y que como tal derecho fundamental, de ser lesionado, puede ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional<sup>4</sup>.

Ahora bien, se constata en forma unánime por la Doctrina, que el derecho a la tutela judicial efectiva a través del ejercicio del derecho a la jurisdicción, a la que se refiere el art. 24 de la C.E. abarca no sólo la declaración del derecho, (sentencias mero declarativas y mero constitutivas) sino la ejecución del mismo<sup>5</sup>. Pese a esa constatación Doctrinal, la ejecución, en particular la ejecución provisional, es un instituto procesal que no ha gozado, hasta muy recientemente, del reconocimiento y la importancia que tiene, razón por la cual, con independencia de su tratamiento en los manuales al uso, no existen muchos trabajos monográficos al respecto<sup>6</sup>.

1. Cfr. CAPPELLETTI M., "Problemas da reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas", en *O Processo Civil Contemporâneo*, MARINONI L.G., Org. Jurúia, Curitiba, Brasil, 1994. ÍDEM, "Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso a la Justicia", *Revista de Processo*, n. 74, 1994, págs. 82 y ss. PEREZ RAGONE A.J.D. "Concepto Estructural y Funcional de la tutela Anticipatoria", *Revista de Derecho Procesal*, n. 1, 2000, p. 158.

2. Cfr. DE CAMPOS MENDES PEREIRA C.A., "Evolução Processual Civil, Efetividade e a Tutela Antecipatória", *Revista Unifteo*, n. 3, Año II, Junio 2000, pp. 55-68.

3. Cfr. FAIREN GUILLÉN V., "La Acción, Derecho Procesal y Derecho Político", en su Libro *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, p. 75. ÍDEM, "Temas del Ordenamiento Procesal", Edit. Tecnos, Madrid, 1969, p. 306. GIMENO SENDRAV., "Fundamentos de Derecho Procesal", Edit. Civitas, Madrid, 1981, pp. 130-131.

4. Así el derecho de acción o derecho a la jurisdicción o derecho a la tutela judicial efectiva forma parte de las garantías constitucionales de la jurisdicción que se recogen en el artículo 24 CE.

5. Sobre la naturaleza jurisdiccional de la ejecución de Sentencias vid. MONTERO AROCA J., "En torno al Concepto y Contenido del Derecho Jurisdiccional", R Ur. D. Pr., 1984, n. 1, pp. 19-47; publicado también en la *Revista Justicia*, 1984, n. II, pp. 311-348, e incorporado posteriormente a su libro "Trabajos de Derecho Procesal", Edit. Bosch, Barcelona, 1988, pp. 13-61. La cita en p. 162, y CABALLO ANGELATS L., "Consideraciones sobre la Exclusividad de la Potestad de Ejecutar, con motivo de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, sobre el Proceso Notarial de Realización Hipotecaria", *Revista Jurídica La Ley*, 1999, t. 3, pp. 2107-2115.

6. Entre los más destacados en el Derecho positivo español anterior a la L.E. C. 1/2000, Vid. PÉREZ GORDO A., "La Ejecución Provisional ante la Reforma y Actualización de la L.E.C.", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1971. ÍDEM, "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", Edit. Bosch, Barcelona, 1973. ÍDEM, "Sistema de Recursos y el Sistema de Ejecución Singular ante la Concreción y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *X Reunión de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas: Sistema de Recursos y Ejecución Singular*, Santiago de Compostela, 1977, pp. 83-95. LUNA GUERRERO J., "El Sistema de Recursos y la Ejecución Provisional en el Proyecto de Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *La Ley*, 1984, n. 3, p. 869. MORENO MEYERHOFF P., "La Ejecución Provisional (la reforma del art. 385 L.E.C.)", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1985, n. 6-7, pp. 107-124. RODES J.E., "Solicitud de la Ejecución Provisional por la parte actora apelante de la Sentencia de 1ª instancia estimatoria en parte", *Revista Jurídica de Cataluña*, n. 2, 1987, pp. 204 y ss.; MOZO MUELAS R., "Razones que hacen desaconsejable e ineficaz la Ejecución Provisional de las Sentencias", *La Ley*, 1989, t. 4, pp. 961-962; GONZÁLEZ SALINAS P., "La Ejecución Provisional de las Sentencias Apeladas", *REDA*, n. 65, enero-mayo, 1990, pp. 145-148; ESPINOZA LOZANO J., "Especial Consideración de la Ejecución Provisional de las Sentencias", *Problemas Procesales en Derecho de Familia*, Edit. Bosch, Barcelona, 1991, pp. 190 y ss.; ORTELLS RAMOS M., "Para la Reforma de la Ejecución Provisional en el Proceso Civil", *Justicia*, n. II, 1991, pp. 279 y ss.; VALLS GOMBÁU, "La Ejecución Provisional", *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de Sentencias Civiles*, Madrid, 1992, pp. 71-121; GARCÍA PÉREZ, "Problemas prácticos derivados de la Ejecución Provisional de Autos y Sentencias objeto de recurso de apelación. (Art. 385 de la LEC)", *RGD*, 1993, n. 589-590, pp. 9.663-9.683; CABALLO ANGELATS L., "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", J.Mª Bosch Editor, Barcelona, 1993. ÍDEM, "La Ejecución Provisional en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", *Presente y Futuro del Proceso Civil*, Edit.

La L.E.C. 1/2000 de 7 de Enero supone una derogación total a la L.E.C. de 1881, vigente hasta muy recientemente, y, en consecuencia, un cambio profundo en nuestro sistema de enjuiciamiento civil<sup>7</sup>.

Uno de los ámbitos en los que la nueva Ley ha incidido especialmente es en la regulación de la Ejecución Provisional, que pese a su importancia, se encontraba regulada en modo insuficiente e ineficaz en la derogada Ley de 1881. Es, como dice la propia Exposición de Motivos de la Ley, una de las principales innovaciones de este Texto legal, que apuesta en esta materia por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia<sup>8</sup>.

En concreto, en el ámbito de la Ejecución Forzosa en general, la ineficacia de la institución era evidente. Entre las razones apuntadas por los autores con relación a esta falta de eficacia de la institución de la ejecución forzosa se encuentran: la asistemática regulación contenida en la L.E.C. de 1881 (arts. 919 a 950 y arts. 1429 y ss.), que junto a la contenida en normas que se encontraban fuera de la regulación de la L.E.C. impedían una visión de conjunto del proceso de ejecución, además de la dicotomía establecida entre la ejecución de títulos judiciales y extraju-

diciales; la escasez de esta regulación y la ausencia de la misma con relación a los sujetos y objeto de la actividad ejecutiva, así como de la oposición a la misma; y la lentitud y la carestía de la realización de los bienes en la subasta pública, como única alternativa a la enajenación de los bienes embargados en el proceso de ejecución forzosa<sup>9</sup>.

Así, por lo que respecta a la Ejecución Forzosa, como expresamente se dice en la Exposición de Motivos, la nueva Ley presenta una regulación unitaria, clara y completa<sup>10</sup>, sin distinguir *prima facie*, entre la ejecución de títulos judiciales y extrajudiciales, lo que no quiere decir que sean idénticas, sobre todo en cuanto a los motivos de oposición del condenado u obligado con fundamento en tales títulos. Así, para la nueva Ley (art. 517) el primer título ejecutivo es la sentencia de condena firme, seguido de los laudos arbitrales firmes, las resoluciones judiciales que aprueben transacciones entre las partes dentro del proceso, los Autos de cuantía máxima, los títulos extrajudiciales (escrituras públicas y pólizas mercantiles), y otras resoluciones judiciales y títulos extrajudiciales a los que por esta Ley u otra se otorgue fuerza ejecutiva, incluyéndose aquí las sentencias o laudos arbitrales y títulos extrajudiciales extranjeros que tengan fuerza eje-

... Bosch, Barcelona, 1999. ÍDEM, "La Ejecución Provisional" *El Proceso Civil y su Reforma*, Edit. ICSE, Editorial Colex, Madrid, 1998, pp. 475-486; VÁZQUEZ SOTELO J.L., "Ejecución Provisional y Medidas Cautelares", *Ibidem*, pp. 487-505; DE LA OLIVA SANTOS A., "El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de Octubre de 1998, y la protección del crédito: Ejecución Provisional y Proceso Monitorio", *Revista Jurídica La Ley*, 1999, t. 2, pp. 1641-1648; DÍAZ MARTÍN F.R., "La Ejecución Provisional de resoluciones judiciales en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista Jurídica La Ley*, 1999, t. 3, pp. 1980-1988. Después de la L.E. C. 1/2000, consecuencia también de la profundidad de la reforma llevada a cabo en este ámbito, Vid. ARMENTA DEU T. "La Ejecución Provisional", Edit. La Ley, Madrid, 2000; DAMIÁN MORENO J., "Comentarios a los arts. 524 a 537 LEC", *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*; LORCA NAVARRETE (Director), Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2497-2520; CABALLO ANGELATS L., "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la Ley 1/2000*; ALONSO CUEVILLAS SAYROL J. (Coord.), Edit. Economist & Jurist, vol. III, Barcelona, 2000, pp. 21-63. ÍDEM, "Comentarios a los artículos 524 a 537 de la L.E.C.", *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIAÑO (Coord.), Edit. Forum, Oviedo, 2000, pp. 630-658. ÍDEM, "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", *Revista Jurídica de Catalunya*, 2001, n. 4, pp. 221-235. GARBERÍ LLOBREGAT J., "La Ejecución Provisional en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Aranzadi Civil*, t. X, vol. III, 2001, pp. 2.305-2.324; MAGRO SERVET V., "La Ejecución Provisional de las Condenas No Dinerarias", *Revista Jurídica La Ley*, 2001, t. 2, pp. 1.801-1.807; REVILLA F., "Sobre la Devolución de la Fianza Prestada para la Ejecución Provisional de Sentencia", *Ibidem*, t. 3, 2001, pp. 2165-2167; LACABA SÁNCHEZ F., "Ejecuciones de Sentencias en la nueva LEC: Hipotética Responsabilidad del Estado Legislador", *Revista Jurídica La Ley*, 26-27, marzo, 2002.

7. Es de hacer notar como la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil coincide con la entrada de un nuevo siglo y milenio, con lo que se ha dado otro paso importante en el objetivo de renovación de nuestra Legislación Procesal básica, iniciada en 1990 con la reforma de la L.P. Laboral (objeto, no obstante, ya de puntuales reformas), seguida en 1998 de la Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y de las recientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 38/2002 de 24 de Octubre), así como de algunas áreas especiales relativas a los procesos concursales (Ley Concursal 22/2003); la Jurisdicción Voluntaria y las Relaciones de Cooperación Judicial Internacional, estas dos últimas en fase de preparación.

8. Vid. El Texto de la citada Ley en el B.O.E. n. 7, de 8 de enero de 2000. Respecto a la Ejecución Provisional Exposición de Motivos XVI, primer párrafo.

9. Cfr. JIMENO BULNES M., "Aspectos Generales de la Ejecución Forzosa: Aportaciones del nuevo Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista Jurídica La Ley*, 1999, t. 1, pp. 1.737-1.746; GARBERÍ LLOBREGAT J. (Director), *Los Procesos Civiles*, Edit. Bosch, 2001, vol. 4, pp. 6-7; LACABA SÁNCHEZ F., "Ejecuciones de Sentencias en la Nueva LEC: Hipotética Responsabilidad del Estado Legislador", *Revista La Ley*, n. 5.510 y 5.511, marzo de 2002, pp. 1-8 y 1-10, respectivamente.

10. Vid. Exposición de Motivos. Motivo, n. XVII de la Ley 1/2000 de 7 de enero.



cutiva en España de conformidad con los Tratados Internacionales y disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional.

Por lo tanto, sólo quedan fuera de la ejecución forzosa del Libro III la denominada ejecución universal, así los procesos concursales, pues serán objeto de una ley específica; por lo que se incluyen en este Libro lo que la anterior Ley denominaba «el Título ejecutivo», excepción hecha del ahora denominado juicio cambiario (arts. 819 y ss, Libro IV, Título III, Capítulo II).

De todo ello ha de extraerse la consecuencia de que la actual Ley considera la ejecución de títulos extrajudiciales, aunque no hayan sido precedidos de proceso declarativo anterior, como verdadero proceso de ejecución ordinaria y no como proceso declarativo sumario por antonomasia como denominaba la Doctrina al anterior proceso de títulos extrajudiciales que llevaban aparejada ejecución<sup>11</sup>.

Por lo que respecta a la Ejecución Provisional, primeramente, la L.E. Civil de 1855, solamente admitía la ejecución provisional respecto de las sentencias dictadas en apelación, frente a las cuales se hubiera interpuesto recurso de casación y ello, siempre que la sentencia dictada en la segunda instancia fuera plenamente conforme con la dictada en primera instancia. La ley de 22 de Abril de 1878 reformadora de la casación prescindió del requisito de la conformidad de las sentencias dictadas en primera y en segunda instancia, estableciendo una regulación que fue sustancialmente recogida en la L.E. Civil de 1881 (art. 1786, en su redacción inicial).

En la LEC de 1881 no se regulaba de forma general, sino que se establecían los casos concretos (que en su momento veremos) en que podía optarse a ella o ser admitida, con un enfoque claramente restrictivo. Se introdujo de modo general en el ordenamiento procesal en virtud de la reforma de la LEC de 1984 que generó unas expectativas respecto de la misma que luego resultaron exageradas como ya había puesto de relieve la Doctrina<sup>12</sup>.

Efectivamente, las modificaciones introducidas en la Ejecución Provisional, en virtud de la Reforma parcial operada en la LEC por la Ley 34/1984, y, en concreto, en el art. 385, de la misma, introdujo la posibilidad de ejecutar, con

carácter general, las sentencias y los autos que pusieran término al proceso haciendo imposible su continuación, no firmes; y en cuanto a las sentencias las que condenaran al pago de cantidad líquida o liquidable y también todas las demás, salvo las que versaran sobre la maternidad, paternidad, filiación, divorcio y estado civil. Esta regulación más que una solución, introdujo problemas técnicos en la regulación de la ejecución provisional, ya que adolecía de defectos importantes, tales como: la indefinición de la potestad del juez a la hora de ordenar el despacho de la ejecución, al no determinarse si esas facultades eran regladas o discrecionales para el órgano; por el establecimiento obligatorio de la prestación de fianza para poderla instar; por la premura del plazo (seis días) para solicitarla y prestar fianza; y por la indeterminación de la norma en relación con los efectos de la revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente<sup>13</sup>. De otro lado, la innovación que supuso el art. 385, tenía un carácter regresivo y difícilmente armonizable con los derechos a la seguridad jurídica, igualdad, tutela efectiva y defensa (arts. 9, 14 y 24 de la CE); a la par que no era un instrumento útil ni legítimo para mejorar la situación de los tribunales; y que, por tanto, modificaba el status jurídico del justiciable al obligarle a desprenderse anticipadamente de sus bienes y derechos, situación que podía dar lugar a graves injusticias de difícil o imposible reparación<sup>14</sup>.

En la actualidad, en la Ley 1/2000 de 7 de Enero, la Ejecución Provisional se encuentra recogida en el Título II del Libro III, artículos 524 a 537, en los que se regulan, por un lado, las disposiciones generales sobre la ejecución provisional de las resoluciones judiciales (Cap. I, arts. 524-525), la ejecución provisional de las sentencias de condena dictadas en 1ª instancia (Cap. II, arts. 526-534) y, finalmente, la ejecución provisional de las Sentencias dictadas en 2ª instancia (Cap. III, arts. 535-537).

A diferencia del antiguo sistema, la nueva regulación se caracteriza por las siguientes notas:

- Declara la ejecutabilidad provisional ex lege de todos los pronunciamientos de condena, y cuyo despacho de la ejecución tiene lugar previa solicitud de la parte que obtuvo el

11. Cfr. ARROYO GARCÍA S. "La Ejecución Forzosa de Títulos Judiciales y Extrajudiciales", *Comentarios Prácticos a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, CABAÑAS GARCÍA J.C. (Coordinador), Edit. Trivium, Madrid, 2000, pp. 481-482.

12. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, en el Prólogo a la obra ya citada de CABALLOLS ANGELATS, "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", p. 4.

13. Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT y otros. *Los Procesos Civiles*, cit., pp. 252-253; LACABA SÁNCHEZ F., *op. cit.*, p. 2.

14. MOZO MUELAS R., "Razones que hacen desaconsejable e ineficaz la Ejecución Provisional de las Sentencias", *cit.*, p. 659-660.

pronunciamiento favorable. Por tanto, la ejecución no deriva de las facultades mas o menos discrecionales o regladas del juzgador, sino que deriva directamente de la ley, por lo que, si se cumplen los requisitos procesales éste debe despacharla.

- Despachada la ejecución provisional es el ejecutado el que tiene la carga de oponerse a la misma, promoviendo un incidente con la finalidad de que se anule el Auto, y, en su caso, se dejen sin efecto las medidas coercitivas que hasta ese momento se hayan llevado a cabo.
- La oposición a la ejecución que no sea de condena dineraria debe basarse en la imposibilidad de llevar a cabo la restitución de la cosa o de compensar mediante indemnización los daños y perjuicios que hayan sido causados.
- La desaparición de la necesidad de prestar fianza o caución para solicitar la ejecución provisional.
- La atribución de legitimación no sólo al apelado sino también al apelante en los supuestos de estimación parcial de la sentencia o de que el recurso interpuesto no afecte a la totalidad de los pronunciamientos de la sentencia impugnada<sup>15</sup>.

Así, pues, grosso modo, en principio puede considerarse que la actual regulación de la LEC 2000 apuesta decididamente por la efectividad de la justicia civil; de tal manera que frente al principio general según el cual son ejecutables las sentencias firmes de condena (art. 517.2), se admite, no obstante, la posibilidad de ejecutar provisionalmente. El rasgo más destacado sin duda es la abolición de la prestación de fianza o caución para solicitar la ejecución provisional, que se sustituye por la obligación de reintegración caso de que prospere el recurso interpuesto; lo que supone el reforzamiento de la posición procesal del que ha obtenido una sentencia favorable en la instancia. Además se ha procedido a unificar el régimen procesal de la ejecución provisional a aplicar tanto a las sentencias dictadas en primera como en segunda instancia, y la petición de ejecución provisional no está sometida a ningún plazo, por lo que admitida la apelación puede solicitarse en cualquier momento pendiendo el recurso<sup>16</sup>.

Con estas premisas, si bien es cierto que la nueva regulación supone un logro importante desde el prisma del acreedor ejecutante, evitando que el recurso (siendo innecesario o sin contenido) se interponga con la sola finalidad de dilatar el cumplimiento de la sentencia, no es menos cierto que no pueden olvidarse el principio de audiencia bilateral y los derechos del ejecutado, no sólo a plantear los recursos que estime procedente de acuerdo con el art. 24 de la Constitución y el derecho a la tutela que también el tiene, sino también teniendo en consideración que el perjuicio que se le irroga no puede ser irreparable, en el supuesto de ser revocada la sentencia. Precisamente alrededor de los derechos de ambas partes se encuentra el reto de la nueva regulación<sup>17</sup>.

Finalmente, y a efectos expositivos, queremos apuntar que, a nuestro modo de ver, la Ejecución Provisional, es una clase de tutela anticipatoria, entendida ésta en un contexto general, en el sentido de que cualquier tutela que se otorgue con anterioridad a la firmeza de una resolución judicial es una tutela anticipada, puesto que anticipa los efectos de la resolución a momento anterior a su firmeza, como excepciones a la regla general de que sólo deviene cosa juzgada la resolución firme. En este sentido, la ejecución provisional, es una forma de tutela anticipada, ya que adelanta los efectos de la sentencia dictada pendiente aún el recurso que sobre ella se hubiere interpuesto.

## II. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL VIGENTE PROCESO CIVIL ESPAÑOL

### 1. La Ejecución Provisional: Concepto y Clases

Como ya se ha expuesto en la Introducción de este trabajo, la tutela judicial efectiva no sólo alcanza a la declaración del derecho, sino a la ejecución del mismo, encontrando esta afirmación asiente constitucional en los arts. 24 y 117 de la C.E. Por tanto, la ejecución de una sentencia firme de condena deriva no solamente de la ley sino directamente de la Constitución.

Como regla general la L.E. Civil establece que son susceptibles de ejecución sólo las sentencias firmes de condena (art. 517.2.1º), caracterizadas por la inalterabilidad del pronunciamiento en ellas contenido, bien porque sean irrecurribles, o porque haya transcurrido el plazo para presentar

15. Cfr. LACABA SÁNCHEZ F., "Ejecución de Sentencias en la nueva LEC: Hipotética Responsabilidad del Estado Legislador", *cit.*, p. 2; GARBERI LLOBREGAT J. (Director) *Los Procesos Civiles*, *cit.*, pp. 253-254; DÉEZ PICAZO JIMÉNEZ I., con DE LA OLIVA SANTOS A./VEGAS TORRES J., "Derecho Procesal Civil", *cit.*, t. II, pp. 359-360; CÁMARA RUIZ J., con ORTELLS RAMOS M. y otros, "Derecho Procesal Civil", Edit. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 943-944.

16. Cfr. DAMIÁN MORENO J., "Comentarios a los arts. 524 a 537 LEC", *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *cit.*, p. 2.497.

17. Cfr. ARROYO GARCÍA S., *op. cit.*, p. 496.

el recurso (art. 207), o porque resulte desierto (arts. 458.2, 471.III. 481.4 y 449.2), o porque el recurrente haya desistido del recurso (art. 450).

Pero, también la ley permite la ejecución de sentencias que no hayan adquirido firmeza, es decir, de resoluciones que siendo susceptibles de recurso hayan sido efectivamente recurridas, es decir, se haya interpuesto contra ellas un recurso de apelación, un recurso de casación o un recurso por infracción procesal.

De ahí que firmeza y ejecutabilidad no sean términos sinónimos, porque puede darse la una sin la otra y viceversa, en el sentido de que hay resoluciones judiciales firmes que no son susceptibles de ejecución forzosa y resoluciones judiciales, que, sin ser firmes, pueden ser ejecutadas, toda vez que la ley permite que sean ejecutadas las sentencias de condena que hayan sido recurridas. Este último supuesto es el de la ejecución provisional, es decir, de ejecución de una resolución que no ha adquirido firmeza<sup>18</sup>.

Con relación a la denominación de la ejecución con el calificativo de "provisional" en la L.E. Civil, hay una cierta polémica Doctrinal<sup>19</sup>, sobre todo a partir de Kholer, según el cual la sentencia sujeta a gravamen está sometida a condición resolutoria, en tanto que depende de que la sentencia que resuelve el recurso revoque o confirme la sentencia impugnada. De ahí que un sector de la Doctrina considere más adecuado el término

de ejecución condicional, anticipada o inmediata<sup>20</sup>.

Así, pues, la Ejecución provisional es la institución procesal por la que se declaran exigibles y se actúan coactivamente, si es necesario, es decir, se les atribuye eficacia, a los pronunciamientos estimatorios contenidos en una resolución definitiva sobre el fondo, carente de firmeza, en tanto que recurrida, quedando subordinados los efectos producidos a lo que resulte del recurso. Por tanto, en el modelo español, la existencia de la ejecución provisional queda condicionada a la efectiva interposición de un recurso y a su pendencia.

De esta definición se deduce, en primer lugar, que tiene que existir una resolución firme de condena<sup>21</sup>. Aunque el art. 524 de la L.E. C. sólo se refiere a sentencias de condena y no a otro tipo de resoluciones, habría que matizar esta afirmación en el sentido de admitir que, ciertas resoluciones que adoptan la forma de Auto y que, sin embargo, contienen pronunciamientos de condena son susceptibles de ejecución provisional, como sería el supuesto del Auto que resuelve el incidente de liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas, y rendición de cuentas (art. 716 LEC), aunque sea objeto de apelación; o los acuerdos judicialmente homologados a que lleguen las partes durante la audiencia previa del juicio ordinario (arts. 415.2 y 428.2 LEC), aunque sean impugnados<sup>22</sup>.

18. Cfr. MORENO CATENA V., con CORTES DOMÍNGUEZ V./GIMENO SENDRA V., "Derecho Procesal Civil", t. I, Edit. Colex, 3ª Edición, Madrid, 2000, p. 475.

19. Así, CARPI ha propuesto sustituir el vocablo de ejecución por ejecutabilidad y la denomina ejecutabilidad provisional; SATTI, y en la Doctrina española RAMOS MÉNDEZ la denominan ejecución inmediata; LANCELOTTI Y FENECH proponen la denominación de ejecución anticipada; ANDRIOLI Y CARNELUTTI sugieren la de ejecución ope iudicis y FERNÁNDEZ LÓPEZ habla de ejecución condicional. Cfr. una panorámica de esta polémica doctrinal en torno a la terminología que ha de designar esta institución en CABALLO ANGELATS L., "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", *cit.*, pp. 58-62.

20. Cfr. CÁMARA RUIZ J., "Derecho Procesal Civil", con ORTELLS RAMOS y otros, *cit.*, pp. 939-940; DAMIÁN MORENO J., "Comentarios a los arts. 524 a 537 LEC", *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, LORCA NAVARRETE (Director), *cit.*, p. 2.498.

21. Al restringir la el art. 524 la Ejecución provisional a las sentencias de condena, está excluyendo, como veremos, las sentencias declarativas y constitutivas. Es decir, que la LEC no admite la ejecución provisional de la llamada ejecución impropia. Por tanto, los pronunciamientos meramente constitutivos cuya eficacia esté necesitada de algún tipo de inscripción en un Registro público está condicionada a la firmeza de la sentencia en que se contenga (art. 521.2 LEC). Cuando el art. 524.4 establece «mientras no sean firmes, o aún siéndolo no hayan transcurrido los plazos indicados por esta ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros públicos», no quiere decir que las sentencias dictadas en rebeldía que contengan pronunciamientos de condena no sean susceptibles de ejecución provisional cuando aún no sean firmes, ni tampoco que no sean susceptibles de ejecución definitiva cuando sean firmes. Lo que, en realidad, está regulando el art. 524.4 de la LEC es la ejecución impropia de aquellas sentencias que dispongan o permitan la inscripción o cancelación de un asiento en un Registro Público, que no pueden ser llevadas a cabo provisionalmente. Cfr. DÍEZ PICAZO JIMÉNEZ I., con DE LA OLIVA SANTOS A./VEGAS TORRES J., "Derecho Procesal Civil", *cit.*, t. II, p. 362.

22. Esta es la opinión de DÍEZ PICAZO en *Ibidem*. También de la MUERZA ESPARZA, "Consideraciones sobre la Ejecución Provisional en el Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil", *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Enjuiciamiento Civil*, Consejería de la Presidencia y Escuela de Práctica Jurídica de Murcia, Tomo Ponencias, p. 521 y la de ARMENTA DEU T. "La Ejecución Provisional", *cit.*, págs. 51-52. Sin embargo MONTERO AROCA J. "Derecho Jurisdiccional", *cit.*, p. 538, dice que sólo se refiere la ejecución provisional a la sentencia de condena y no a otro tipo de resoluciones. De la misma opinión ASENSIO MELLADO J.M., "La Ejecución Provisional en el Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997", *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, *cit.*, t. Ponencias, p. 492.

En segundo lugar, tiene que ser un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. En este sentido sólo cabe la ejecución provisional respecto de la cuestión principal que sea objeto del asunto, de manera que la resoluciones de alcance meramente interlocutorio no pueden ser objeto de ejecución provisional<sup>23</sup>.

En tercer lugar, tiene que haberse estimado, aunque sea parcialmente la pretensión, toda vez que el propio art. 526 establece que «...quien hay obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena podrá ...pedir y obtener la ejecución provisional».

Por último, contra la sentencia o resolución en cuestión se tiene que haber preparado el recurso previsto en cada caso por la ley, sea el de apelación, el de casación o el de infracción procesal, pues sería ilógico solicitar la ejecución provisional de una resolución firme, en cuyo caso habría de plantearse la ejecución definitiva. Además, así se deduce de la propia regulación procedimental de la ejecución provisional, pues el plazo para presentar la solicitud de ejecución provisional comienza desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso, ya sea respecto de sentencias dictadas en primera o en segunda instancia (arts. 527.1 y 535.2 LEC).

En cuanto a las Clases de Ejecución provisional, tradicionalmente, la Doctrina venía distinguiendo entre Ejecución provisional *ope legis*, *ope iudicis* y mixta, atendiendo a la forma en que se concede eficacia a las resoluciones judiciales en los distintos sistemas jurídicos, según el papel atribuido al juzgador para determinar si procede concederla o no en el caso concreto.

Se entiende por ejecución provisional *ope legis*, cuando ésta ha sido concedida previamente y de manera generalizada por el legislador, sin que se reconozca al juez ninguna posibilidad de matizar esa decisión en el caso concreto. En este caso no ha de constituirse ninguna garantía para

que la ejecución sea eficaz, y tampoco puede el juzgador plantearse la posibilidad de plantearla o de suspenderla, con tal de que sea instada por la parte a quien beneficia la ejecución provisional.

Esta manera de conceder la ejecución provisional a una resolución recurrida se da en aquellos procesos en los que el objeto del litigio es conocido de antemano, como es el caso de los procesos especiales y también de aquellos ordinarios que versen sobre una determinada materia, en los que el legislador puede de antemano valorar la procedencia y las consecuencias de la misma, y también en aquellos procedimientos en los que la dimensión social del Estado se manifiesta en la esfera privada de los ciudadanos, como son los casos de alimentos, seguro obligatorio de circulación; los supuestos de orden público como son los procesos interdictales o aquellos relativos a la violación de derechos fundamentales, o en el ámbito del procedimiento laboral<sup>24</sup>.

En el Derecho positivo español esta manera de conceder eficacia a la ejecución provisional de una sentencia *ope legis*, se presentaba en la anterior regulación mediante la admisión del recurso de apelación en un solo efecto; de tal manera que, admitido el recurso sólo en el efecto devolutivo, podía ejecutarse provisionalmente.

En el actual sistema de la LEC 1/2000 se ha suprimido por completo este sistema y la mención a la admisión del recurso en uno o en ambos efectos<sup>25</sup>. El art. 456.2.3 regula los efectos de la apelación para indicar que no se produce el efecto suspensivo, en tanto que del efecto devolutivo siquiera se hace mención por entenderlo superfluo, por ser consustancial al propio recurso de apelación<sup>26</sup>.

En concreto, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 establece, como régimen general, la ejecución provisional para todo tipo de sentencias, excepto las expresamente excluidas (art. 525), sin que sea preciso prestar caución, bastando la

23. La anterior regulación, por remisión del art. 385 al 384 de la LEC, ampliaba la posibilidad de ejecución provisional a los Autos que pusieran fin al pleito impidiendo su continuación. Estos comprendían en su mayoría cuestiones procesales, por lo que su ejecución se circunscribía a las costas, con alguna excepción como el Auto en que se recogía la transacción judicial o el allanamiento.

24. Cfr. CABALLO ANGELATS L., "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", *cit.*, pp. 53-54.

25. Los primeros Borradores de la Ley contenían todavía la mención a «ambos efectos». Se establecía el efecto devolutivo al indicar que el recurso tenía que ser resuelto por un Tribunal distinto al que dictaba la resolución; en tanto que se preveía que la apelación dejaba en suspenso la ejecución de la resolución, sin perjuicio de la ejecución provisional (art. 463 del Borrador). En el posterior Anteproyecto (publicado en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 26 de Diciembre de 1997), el art. 462 señala, únicamente, el efecto suspensivo; regulación que permaneció en el posterior Proyecto aprobado por el Consejo de Ministros en 1998.

26. El art. 456, 2.3 establece: «La apelación contra sentencias desestimatorias de la demanda y contra autos que pongan fin al proceso carecerá de efectos suspensivos, sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto».

*Las sentencias estimatorias de la demanda, contra las que se interponga el recurso de apelación, tendrán, según la naturaleza y contenido de sus pronunciamientos, la eficacia que establece el Título II del Libro III de esta Ley».*

mera solicitud de la parte y el cumplimiento de una serie de requisitos o presupuestos a los que, en su momento nos referiremos.

En este sentido cabe indicar que el sistema establecido actualmente por la LEC es el de la ejecución provisional *ope legis* con carácter general, puesto que el art. 526 LEC establece que se podrá pedir y obtener la ejecución provisional, sin previa prestación de fianza, de las sentencias condenatorias que no estén expresamente excluidas por el art. 525; y el art. 527.3 LEC establece que solicitada la ejecución provisional, el tribunal la despachará, salvo que sea de las inejecutables o no contengan un pronunciamiento de condena. A tenor de lo establecido en estos artículos, el ámbito de la discrecionalidad del juez se reduce a estos dos extremos, sentencias inejecutables o que no sean de condena; puesto que la apreciación de la discrecionalidad con relación a la apreciación sobre irreparabilidad del daño o de los perjuicios que pudieran ocasionarse en las condenas de naturaleza no dineraria, se apreciarán *ope legis* a muy diversos aspectos específicos de la ejecución provisional, como son la configuración de la oposición a la ejecución provisional, la revocación y los efectos<sup>27</sup>.

La Ejecución provisional *Ope iudicis* es aquella concedida por el juzgador atendiendo a criterios que previamente ha fijado el legislador o conforme a su leal saber o entender. En este caso lo que se pretende es una mayor adaptación de la institución al caso concreto, habida cuenta de que la cantidad de supuestos que puedan plantearse impiden una única solución para todos. Esta ejecución provisional *ope iudicis*, puede ser, a su vez, discrecional o reglada. La discrecional supone la ausencia total en la ley de criterios que deba valorar el juzgador para proceder a conceder o no la ejecución, debiendo fallar en este caso según su leal saber y entender. Por el contrario, cuando la ejecución provisional es reglada el juzgador sólo debe fijar la concurrencia de los requisitos y presupuestos fijados con anterioridad por la Ley. Sin embargo, una ejecución estrictamente reglada no existe porque muchos de los requisitos se concretan en concepto jurídicos indeterminados que otorgan, por sí, un margen de apreciación al juez<sup>28</sup>. Como hemos dicho, en la actualidad en el sistema español, el margen de discrecionalidad otorgado al juzgador se refiere únicamente a la admisión de la oposición del ejecutado, cuando tratándose de condena no dineraria, fuese de imposible o extrema dificultad, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o garantizar el resarcimiento mediante la caución que el solicitante se mostrase dispuesto

a prestar (art. 530.2 LEC); o cuando tratándose de condena dineraria, la oposición se hubiese formulado respecto de actividades ejecutivas concretas, se estimará dicha oposición si el Tribunal considera posibles y de eficacia similar las medidas alternativas propuestas por el ejecutado, o si aprecia que concurre en el caso una absoluta imposibilidad de restaurar la situación anterior o de compensar económicamente al ejecutado, en caso de ser revocada la condena (art. 530.3 LEC).

La ejecución provisional *mixta*, mas que una clase de oposición, es un sistema que intenta combinar los dos anteriores, y parte de la generalización de la ejecución *ope legis* e introduce la capacidad de apreciación del juez en el caso concreto, para que por vía de impugnación suspenda esta eficacia (*ope iudicis*). Puede decirse que el actual sistema español es un sistema mixto donde, si bien, la ejecución provisional se concede *ope legis*, con carácter general, el juzgador tiene un margen discrecional para suspender la eficacia de la misma, en los casos de oposición donde aprecie irreparabilidad del daño en caso de revocación de la sentencia de instancia.

La ejecución también puede clasificarse en concedida de oficio o a instancia de parte. Sólo en el sistema francés se admite la ejecución provisional concedida de oficio por el juez. En el sistema español la ejecución provisional se concede siempre a instancia de parte, es decir, previa petición de la parte que haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena (art. 526 LEC).

También puede clasificarse la ejecución provisional en concedida *ab initio* o *sobrevenida*, según el momento procesal en que se conceda. Efectivamente, la ejecución provisional puede concederse en la propia resolución cuya eficacia provisional se pretende (ejecución inicial) o posteriormente a ella, en un trámite ad hoc o en vía de impugnación (ejecución sobrevenida). La ejecución provisional inicial ofrece la ventaja de que puede ser ejecutada desde el momento en que se dicte, pero en los supuestos en que deba ser instada por la parte (caso del proceso civil italiano), se plantea el inconveniente de que no se conoce aún el contenido del fallo, que, en cualquier caso, quedará condicionado a que en él se acojan las pretensiones de aquel que solicita sea ejecutado provisionalmente. La ejecución sobrevenida, por el contrario, se insta una vez dictada la resolución cuya ejecución se pretende. En el caso español, la ejecución es sobrevenida y requiere la interposición en forma del recurso. El art. 527.1 de la LEC establece que «la ejecución provisional

27. Cfr. ARMENTA DEU T., "La Ejecución Provisional", *cit.*, pp. 48-49.

28. Cfr. CABALLOL ANGELATS L., "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", *cit.*, p. 55.

podrá pedirse en cualquier momento, desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación (debe considerarse igualmente si fuera el de casación o el de infracción procesal –art. 535.2–), o, en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, y siempre que no haya recaído sentencia en éste<sup>29</sup>.

Finalmente, cabe también distinguir la ejecución provisional total o parcial, atendiendo al contenido de la resolución que se pretende ejecutar provisionalmente, y con relación a los pronunciamientos principales y no a los accesorios, que no están incluidos (como sería el caso de las costas).

En la actual regulación puede, en principio, solicitarse y obtenerse la ejecución provisional de los pronunciamientos favorables contenidos en el fallo, que no tienen porque alcanzar a la totalidad de los mismos, en los casos de estimación parcial de la Demanda. De hecho, el art. 526 LEC establece la legitimación para solicitar la ejecución provisional a «quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena». De este modo, tanto puede suceder que legitimada esté una de las partes, como que lo estén ambas (porque se estimó total o parcialmente la demanda o porque se estimó total o parcialmente la reconvencción del demandado. Por tanto la LEC no pone ninguna cortapisa para en casos de vencimiento parcial, se recurra la sentencia respecto de los pronunciamientos desfavorables y, a la vez, se inste la ejecución provisional respecto de los pronunciamientos favorables.

## 2. Naturaleza Jurídica de la Ejecución Provisional

Tradicionalmente la Doctrina ha discutido sobre la naturaleza jurídica de la Ejecución provisional<sup>30</sup>.

Una primera posición es la de los autores que atribuyen a la ejecución provisional naturaleza cautelar<sup>31</sup>; es decir, que es una medida cautelar que se resuelve en una medida ejecutiva. Sin embargo, la confusión entre ambas figuras resulta de que ambas instituciones se prevén en atención a la tutela del interés que se discute en el proceso, y también a causa de su duración temporal. Es decir, esta posición sólo se fija en el fin inmediato que se obtiene con la ejecución provisional: garantizar que la dilación introducida por la admisión de un recurso no perjudique la situación del acreedor, de modo que al igual que ocurre con las medidas cautelares, se consigue que, caso de ser reconocido el derecho de aquél por resolución firme, se pueda llevar a efecto esta resolución o se convaliden como ejecución definitiva los actos ejecutivos provisionales. Pero, aparte de esta semejanza, son instituciones de naturaleza muy diversa, en atención a sus presupuestos, tanto por lo que se refiere al *fumus in boni iuris* como al *periculum in mora*, así como a la prestación de fianza y a la pendencia del proceso.

El *fumus in boni iuris* de la medida cautelar es simplemente la apariencia de derecho, mientras que en la ejecución provisional es una declaración sobre la existencia del derecho; es decir, supone la existencia de una sentencia declarada en un proceso con todas las garantías. Por tanto, con las medidas cautelares se asegura la efectividad de las pretensiones alegadas por las partes, y con la ejecución provisional se actúan los pronunciamientos jurisdiccionales sobre la cuestión de fondo debatida en el proceso<sup>32</sup>. En cuanto al *periculum in mora*, en las medidas cautelares ha de entenderse como la posibilidad de que la eficacia de la resolución que se dicte en el proceso se frustre por no estar garantizada, mientras que en la ejecución provisional va referido al posible daño que se causa por la ineficacia de los pro-

29. Vid. arts. 457 y 461 de la L.E.C. El momento procesal oportuno para solicitar la ejecución es, en cualquier momento, a partir de la providencia que tiene por preparado el recurso (el escrito de preparación se interpone dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución), no el de formalización del mismo; o a partir del momento en que se dé traslado al apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso. Es de hacer notar que el art. 461 no habla de adhesión al recurso de apelación, sino de impugnación de la sentencia, pero ambos se refieren a la misma institución.

30. Una extensa y detallada exposición de la naturaleza jurídica de la ejecución provisional puede verse en CABALLEROL ANGELATS L., "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", *cit.*, pp. 83-96.

31. En nuestra reciente Doctrina es la posición mantenida por GARBERI LLOBREGAT J., "La Ejecución Provisional en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil"; *cit.*, p. 2.309, donde, enlazando con la finalidad que persigue la ejecución provisional que es la de *asegurar o garantizar la ejecución de los pronunciamientos judiciales de condena*, dice que la ejecución provisional responde a la misma naturaleza que las medidas cautelares, de la misma manera que son iguales sus presupuestos (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), así como sus requisitos (jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y homogeneidad).

32. Se ha objetado que algunas leyes procesales posteriores a la reforma de 1984 regulaban la adopción de medidas cautelares con base en la sentencia o el laudo arbitral recurridos (art. 138 L.P. y art. 50 L.A.). Sin embargo éste no es más que un obstáculo aparente, en primer lugar, porque lo único que demuestra es una gradación cualitativa que permite adoptar la de menor exigencia (la medida cautelar), sobre la base de unos presupuestos suficientes para adoptar una medida ejecutiva. Además, si cabe adoptar medidas cautelares atendiendo a la mera apariencia de buen derecho, con mayor razón pueden adoptarse partiendo de resoluciones judiciales relativas a su certeza, aun-

nunciamentos de una resolución definitiva sobre el fondo que ha sido recurrida. En relación a la fianza, éste es un presupuesto de la medida cautelar (art. 728.3 LEC) que en la actual regulación no se exige para la solicitud de ejecución provisional (art. 526 LEC). En cuanto a la pendencia del proceso, mientras que para la medida cautelar actúa como presupuesto la pendencia simultánea o posterior de un proceso, para la ejecución provisional actúa como presupuesto la pendencia simultánea o posterior de un recurso. Por último, cabe también decir, en cuanto a la finalidad de una y otra que la medida cautelar tiene finalidad o efecto asegurativo, mientras que la ejecución provisional tiene efecto satisfactivo.

Una segunda posición es la que ha pretendido distinguir, dentro de la ejecución provisional, aquellos casos en que la ejecución tiene su fundamento en el *periculum in mora*, de aquellos otros en que la ejecución provisional se permite por la ley sin que exista ese peligro en el retardo, entendiéndose que en el primer caso estaríamos ante una medida cautelar y en el segundo ante una verdadera ejecución<sup>33</sup>.

Una tercera posición hoy mayoritaria y que compartimos es la que considera a la ejecución provisional un verdadero proceso de ejecución. Entendemos que la actividad de ejecución provisional es de naturaleza ejecutiva, no sólo por las razones aducidas al diferenciarla de las medidas cautelares, sino porque la propia Ley de Enjuiciamiento Civil deja claramente establecida la naturaleza ejecutiva de la ejecución provisional, como lo demuestran:

1º) La ubicación sistemática de su regulación en el Libro III de la LEC, en sede de ejecución forzosa (Título II del Libro III, arts. 524-537). Esta naturaleza ejecutiva explica el contenido de la regulación de la ejecución provisional, ya que las normas señaladas no se refieren a los actos ejecutivos propiamente dichos, para los cuales el art. 524 se limita a remitirse a los actos de la ejecución ordinaria, sino que atienden a aspectos que son exclusivos de la ejecución provisional, como son las sentencias ejecutables provisional-

mente, el momento procesal para solicitarla, la oposición a esta ejecución y, especialmente, los efectos que produce la revocación de la sentencia recurrida y ejecutada.

2º) La equiparación que efectúa la Ley con la ejecución definitiva en cuanto a la forma de solicitarla (art. 524.1 LEC), en cuanto a la dinámica procesal, ya que se despacha y lleva a efecto igual que la ejecución ordinaria (art. 524.2), y en cuanto a la estructuración de los poderes del juez y de los derechos y las facultades de las partes (art. 524.3). De esta forma, para el órgano jurisdiccional debe llevarse a cabo del mismo modo que la ejecución ordinaria. Por tanto, el tribunal tiene atribuidas las mismas facultades, sin que puedan éstas disminuirse, y así, por ejemplo, la potestad de imponer multas coercitivas a las partes ejecutadas es idéntica a la que tiene para la ejecución definitiva (arts. 589.3, 709, 710 y 711). Para las partes tampoco es admisible una disminución de las obligaciones, cargas o garantías que la ley les otorga en sede de ejecución definitiva, ya que una vez firme el pronunciamiento ejecutado provisionalmente quedará inamovible, tal como si se hubiera conseguido en el proceso de ejecución definitiva. Y, aunque la ley no menciona a los terceros, al existir identidad de razón cabe entender que éstos también gozan, en sede de ejecución provisional, de las mismas facultades de defensa que les otorga la propia LEC en sede de ejecución definitiva, teniendo éstos, también, el mismo deber de colaboración que en la ejecución definitiva (art. 591).

3º) Por último, la propia Ley, denotando su carácter ejecutivo, establece la articulación entre la ejecución provisional y las medidas cautelares: éstas han de solicitarse con la demanda o, en caso de urgencia, antes de la misma; después, sólo se admiten si se justifica la razón de deducir la solicitud en ese momento posterior (art. 730.1, 2 y 4 LEC). En todo caso, despachada la ejecución provisional, se alzan las medidas cautelares que se hubiesen acordado y que guarden relación con dicha ejecución (art. 731.2). Esta normativa indica con toda claridad que la Ley dota de ámbito y naturaleza diferente a cada institución<sup>34</sup>.

... que sean revocables. De otro lado, si la ejecución provisional tuviera naturaleza cautelar, también podría darse la cuestión en sentido inverso, es decir, la adopción de medidas ejecutivas durante la pendencia del proceso, lo cual es de todo punto imposible, ya que no se puede adoptar una medida ejecutiva al inicio de un proceso, con base en unos documentos presentados por la parte junto con la demanda, porque ello significaría realizar una ejecución sin título, lo cual no sería legítimo.

33. Así, atendiendo al *periculum in mora*. Chioveda, Calamandrei y Costa dicen que toda medida que se acuerde para contrarrestar el daño producido como consecuencia del inevitable retraso del proceso es una medida cautelar. Calvosa entiende que se han de diferenciar los casos en que se prevé la ejecución provisional en atención a un posible daño de aquellos en los que no, y atribuir naturaleza cautelar a los primeros y naturaleza ejecutiva a los segundos. Por su parte, Furno considera que la ejecución provisional es una medida cautelar más. Cfr. CABALLO ANGELATS L., "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", *cit.*, p. 87.

34. Cfr. MONTERO AROCA J. y otros, "Derecho Jurisdiccional", *cit.*, pp. 539-540; CABALLO ANGELATS L., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*, GÓMEZ DE LIANO F. (Coordinador), *cit.*, pp. 632-633; GARBERÍ LLOBREGAT J., (Director), *Los Procesos Civiles*, pp. 254-256.

Ahora bien, aunque la ejecución provisional es verdadera ejecución no por ello deja de tener las peculiaridades inherentes a la falta de firmeza del título ejecutivo, y, con ello, la posibilidad de revocación, dentro del mismo proceso, como consecuencia de la resolución del recurso a que se halla supeditada. En este caso se trata, y aquí estriba la fundamental diferencia entre ejecución provisional y ordinaria o definitiva, de una resolución sometida a *condictio iuris* de la confirmación o de la no revocación de la sentencia recurrida y provisionalmente ejecutada; de tal manera que si ésta condición se cumple, la ejecución provisional pasa a convertirse en definitiva (art. 532.2 LEC). No se trata de una verdadera condición resolutoria (de los arts. 1.113 y ss. del C. Civil), sino de una auténtica *condictio iuris*, que, en cuanto tal, produce los efectos que la propia norma que la regula establece (arts. 532-534 de la LEC). De esta misma manera lo ha entendido el T.S (STS de 21/12/1966) cuando la califica de «ejecución ésta de naturaleza provisional o más propiamente de carácter condicional, en cuanto su subsistencia queda supeditada a la suerte que pueda correr la sentencia recurrida»<sup>35</sup>.

### 3. Presupuestos de la Ejecución Provisional.

Los presupuestos de la ejecución provisional vienen establecidos en el art. 526 de la LEC, y se refieren a la existencia de una resolución susceptible de ejecución provisional, solicitada a instancia de parte por cualquiera que tenga un pronunciamiento a su favor, sin previa prestación de caución, y con pendencia de un recurso.

En cuanto a la resolución susceptible de ejecución provisional, la regla general es la ejecución provisional de sentencias de condena no firmes, tanto dictadas en primera como en segunda instancia, con muy limitadas excepciones (las del art. 525 LEC). Por tanto, en la ejecución provisional el título ejecutivo ya existe y el tribunal se limita a despachar su ejecución<sup>36</sup>.

En tanto que la ley alude genéricamente a la posibilidad de ejecución provisional de cualquier

resolución, es evidente que del contenido de las normas que regulan esta materia se desprende claramente que esas resoluciones son las sentencias de condena. La ley abandona el sistema anteriormente utilizado para definir las sentencias que son ejecutables provisionalmente y opta por un criterio negativo (art. 525: «no serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional...») a la hora de determinar las sentencias que no son susceptibles de ejecución provisional. No obstante el precepto es insuficiente y ha de completarse con las disposiciones del art. 456.2 y 3, por lo que únicamente son susceptibles de ejecución provisional las sentencias estimatorias de la demanda o, en su caso, de la reconvencción. Las sentencias desestimatorias, en tanto no incorporan pronunciamiento alguno susceptible de ejecución, no pueden ser ejecutadas provisional (ni definitivamente)<sup>37</sup>.

En cuanto a la petición a instancia de parte, tanto en la antigua como en la actual regulación la ejecución provisional nunca puede ser acordada de oficio. Esto es lógico, pues la ley hace recaer sobre el solicitante todas las consecuencias que pueda ocasionar la revocación de la sentencia impugnada, pues técnicamente estamos ante un verdadero acto de disposición del derecho declarado provisionalmente en la sentencia. Como consecuencia de ello corresponderá al ejecutante determinar el alcance de la ejecución, puesto que ésta no tiene porque alcanzar a todos los pronunciamientos de la sentencia. Así, están, como ya hemos dicho, legitimados activamente para instarla tanto la parte apelada como la apelante, en definitiva cualquiera que tenga un pronunciamiento de condena a su favor (art. 527.3)<sup>38</sup>.

En cuanto a la exención de prestar caución para conseguir el despacho de la ejecución provisional, la LEC ha optado por un modelo de ejecución en que, a diferencia del anterior, no se exige al ejecutante la prestación de caución. De hecho, la gran novedad en esta materia es que no es necesario prestar caución. En la LEC anterior, la fianza prestada por el ejecutante servía para

35. GARBERÍ LLOBREGAT J. (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., p. 256.

36. Es de tener en consideración que existen dos posibilidades a la hora de regular la ejecución provisional. Unas veces la Ley establece unos criterios que permiten a las partes pedir y al órgano crear el título ejecutivo aplicando esos criterios, de modo que el verdadero título no sería la sentencia que se pretende ejecutar sino el Auto por el que el juez admite la ejecución provisional (es la ejecución provisional *ope iudicis*). En otras ocasiones es el legislador el que dispone que la propia sentencia definitiva es el título ejecutivo, sin que el tribunal tenga que crearlo aplicando criterios generales (es la ejecución provisional *ope legis*). Ya hemos indicado que en la actual LEC el legislador se ha decantado por la ejecución provisional *ope legis*, de modo que el título ejecutivo es la sentencia de condena, y el órgano competente se limita a despachar la ejecución, que es prácticamente automática.

Sin embargo, la ejecución provisional no se refiere a los laudos arbitrales. El art. 50 de la L. A. permite solicitar medidas cautelares cuando el laudo es recurrido en anulación, pero no se refiere a la ejecución provisional. Cfr. MONTERO AROCA J., "Derecho Jurisdiccional", cit., p. 540.

37. Cfr. DAMIÁN MORENO J., "Comentarios a los arts. 524 a 537 LEC", Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, LORCA NAVARRETE (Director), cit., p. 2.500.

38. Cfr. ÍDEM en *Ibidem*, p. 2.500.



garantizar la efectividad de la restitución y de los daños y perjuicios ocasionados, en caso de revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada. A este sistema se le había criticado el que impedía el acceso a la ejecución provisional porque obligaba al ejecutante a un desembolso anticipado, además de favorecer a los litigantes que tenían una situación económica que les permitía ejecutar provisionalmente, mientras que el que no podía pagar la fianza estaba obligado a esperar para la ejecución a la resolución del recurso. Todo ello unido a la exigencia de cumplimentar todos los requisitos en un plazo de seis días hacia que fuera un obstáculo prácticamente insalvable<sup>39</sup>.

Por ello, pudiera entenderse que, en la nueva regulación, esa idea fundamental de protección del crédito y esa facilitación de la ejecución provisional para todas las sentencias dictadas en primera y en segunda instancia constituye una panacea para evitar la morosidad de los deudores y va a hacer realidad la eficacia rápida y efectiva de la tutela otorgada por jueces y tribunales.

Sin embargo, la nueva configuración de la ejecución provisional sin necesidad de prestar caución ha sido acogida con ciertos recelos en la Doctrina<sup>40</sup>, ya que al no exigirse caución aumenta la posibilidad de que no pueda hacerse efectiva la revocación de la sentencia, unido todo ello a que los argumentos acogidos en la Exposición de Motivos de la Ley no parecen del todo satisfactorios. La Exposición de Motivos de la Ley atiende a un triple orden de consideraciones razonadas en la misma, en cuanto a la regulación de la Ejecución provisional: 1) la confianza en la Administración de justicia y la relevancia de su imparición en primera instancia; 2) la dificultad equiparable entre resolver sobre la ejecución provisional y la adopción de medidas cautelares cuando éstas se atribuyen sin discusión alguna a los jueces de primera instancia; y 3) otorgar mayor seriedad a la propia justicia, desde el

punto de vista de la asunción de un cambio de mentalidad en los pleitos y en los pactos para acordarlos con un ánimo de cumplimiento que se afronte con un horizonte más próximo que el actual. Junto a estos motivos se reiteran otros, como la existencia de una resolución judicial favorable, la satisfacción de las legítimas expectativas del acreedor y la limitación de la utilización de los recursos a meros efectos dilatorios<sup>41</sup>.

Frente a estos argumentos operan en sentido contrario aquellos que se refieren, en primer lugar, al derecho a la bilateralidad y a los legítimos intereses de los ejecutados que ejercitan sus derecho a los recursos que procedan contra la sentencia definitiva, y, en segundo lugar, a que la idea de que prácticamente toda sentencia puede ejecutarse provisionalmente, comporta una serie de riesgos en los casos de sentencias indebidamente ejecutadas como consecuencia de la revocación de la sentencia en el ulterior recurso de apelación, casación o infracción procesal que se haya interpuesto, en los casos en que el ejecutante es, o deviene insolvente<sup>42</sup>.

No obstante, este modo de iniciar la ejecución provisional sin prestación de fianza, no representa, por sí mismo, la asunción de un riesgo adicional. En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, el centro de gravedad de la ejecución provisional ha pasado del momento de la inicial prestación de fianza al de la oposición a la misma (por cierto, una oposición muy compleja como en su momento veremos). Por ello para valorar el riesgo implícito en el nuevo sistema ha de valorarse el sistema de oposición diseñado, pues aunque en el modelo de ejecución provisional vigente se exime al ejecutante de la prestación de fianza para conseguir el despacho, es cierto que la figura de la caución sigue teniendo un papel muy importante en otros momentos de su desarrollo. La LEC ha delimitado los supuestos en que es el ejecutante y los supuestos en que es el ejecutado el que debe constituir la caución. Así, la caución en

39. Cfr. CABALLO ANGELATS L., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIAÑO F. (Director), *cit.*, p. 638. ÍDEM, "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la Ley 1/2000*; CUEVILLAS SAYROL J.A. (Coord.), *cit.*, vol. III, p. 27.

40. Vid., al respecto SERRA DOMÍNGUEZ M., "La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil", *cit.*, p. 75, que pone de manifiesto que la argumentación de la Exposición de Motivos en torno a la fundamentación del actual sistema de ejecución provisional es doblemente erróneo por el gran número de sentencias que son revocadas en la segunda instancia, cuestión que, a su modo de ver, se agravará con la aplicación de la nueva Ley, y, sobre todo, por la falta de una regulación de la responsabilidad subsidiaria del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, para posibilitar que el ejecutado provisionalmente con fundamento en una sentencia luego revocada, fuera indemnizado por los perjuicios en el supuesto de insolvencia del ejecutante.

41. Vid. Exposición de Motivos LEC 1/2000. Motivo XVI. Estos mismos argumentos se encontraban ya en el Informe General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, al señalar que «El efecto suspensivo que los recursos procesales producen, por regla general, en el contenido de los fallos de las sentencias dictadas por jueces y tribunales pueden constituir un estímulo para que el litigante vencido retrase el cumplimiento de aquellos a los que viene obligado mediante la interposición de toda clase de recursos». Vid. Informe citado.

42. Cfr. VÁZQUEZ SOTELO J.L., "Ejecución Provisional y Medidas Cautelares", *El Proceso Civil y su Reforma*, *cit.*, pp. 489; RIFA SOLER J.M., "La Ejecución Provisional y las Medidas Cautelares", *Jornadas sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Edit. Cedex, Barcelona, 1999, p. 123.

el actual sistema tiene una doble finalidad: cuando la presta el ejecutado suspende el curso de la ejecución provisional de las condenas dinerarias, y cuando la presta el ejecutante, permite que continúe la ejecución provisional de una condena no dineraria si el juez entiende que será imposible indemnizar en caso de revocación. Para que la caución ahora regulada produzca sus efectos es necesario que el juez estime uno de los motivos de oposición invocados por las partes. Si se desestima el motivo invocado la ejecución provisional deberá continuar en todo caso y la caución carecerá de toda trascendencia<sup>43</sup>.

Esta regulación pretende contrarrestar el riesgo que, sin duda, tiene la ejecución provisional *ex lege* de toda sentencia sin prestación de fianza. Sin embargo ese riesgo se estima mínimo respecto de quienes dispongan a su favor de sentencias provisionalmente ejecutables y, además, quien solicita la tutela en caso de revocación de lo provisionalmente ejecutado dispone de un trámite privilegiado de ejecución<sup>44</sup>.

En cuanto a la pendency de un recurso se requiere que para instar la ejecución provisional se halle pendiente recurso contra la sentencia cuya ejecución se solicita. Entre tanto no se recurra, tan sólo cabe esperar la firmeza de la sentencia para iniciar, en su caso, la ejecución definitiva.

No es preciso que el pronunciamiento esté impugnado directamente para que proceda despachar la ejecución provisional. Basta con la sola pendency de la impugnación contra la resolución que lo contiene

El momento a partir del cual cabe instar la ejecución provisional es el de la notificación de la resolución teniendo por preparado el recurso (art. 527.1 LEC). De todos modos, a estos efectos, el hecho relevante es el de la emisión de la resolución (arts. 457, 470 y 480 LEC). Por tanto, no será obstáculo el que la parte interesada inste el despacho de la ejecución en momento anterior al de la notificación. La falta de notificación a la parte pasiva tampoco debe impedir que el juez estudie la solicitud y la resuelva en sentido afirmativo.

La ejecución provisional podrá instarse hasta tanto no haya recaído sentencia en el recurso del que trae causa. Por tanto, desde que recae la resolución que se pretende ejecutar provisional-

mente hasta el momento anterior a la resolución del recurso puede tener cabida la ejecución provisional. La nueva regulación, que no establece un plazo estricto, salva así otro de los inconvenientes de la regulación del antiguo art. 385 LEC que establecía un plazo de seis días, plazo a todas luces insuficiente, para instar la ejecución provisional, y las diferencias que, en este aspecto, existían entre la ejecución provisional de la sentencia recurrida en apelación y de la recurrida en casación. Como es obvio, tras la resolución del recurso no cabe solicitar la ejecución provisional. A partir de ese momento, los intereses tutelados en el proceso deberán conseguirse por los cauces previstos para obtener la efectividad de la nueva resolución<sup>45</sup>.

#### 4. Objeto de la Ejecución Provisional

##### A) Resoluciones Ejecutables Provisionalmente

El artículo 524. 2 y 3 de la LEC sólo se refiere y admite la ejecución provisional de sentencias de condena que no sean firmes. La sentencia de condena no firme se corresponde con la denominada en el art. 207.1 de la LEC como resolución o sentencia definitiva, y serán aquellas que ponen término a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos contra ellas. En el mismo sentido se expresa el art. 245.1.c) de la LOPJ. La ejecución provisional sólo se establece para las resoluciones que abren la llamada ejecución propia. La ejecución denominada impropia, con la que se alude a las diligencias complementarias (arts. 521 y 522 LEC) para consumir la tutela declarativa o constitutiva satisfecha en principio con la propia sentencia no es objeto de ejecución provisional, y sólo proceden cuando la sentencia ha adquirido firmeza.

Como ya se ha indicado anteriormente, aunque el legislador ha olvidado mencionar los Autos que ponen fin al proceso (tal y como sí constaba en la redacción de los arts. 385.1º, en relación con el art. 384.2º de la anterior LEC), entendemos, con la mayoría de la Doctrina, que ciertos pronunciamientos de condena, aunque revistan la forma de Auto, son susceptibles de ejecución provisional. Son los supuestos del art. 716 LEC, en referencia al Auto que resuelve el incidente de liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas; los acuerdos judicialmente homologados a los que lleguen las partes en la audiencia previa del juicio ordinario de los

43. Cfr. CABALLOL ANGELATS, L., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIAÑO, F. (Coord.), *cit.*, pp. 638-639; ÍDEM, "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la ley 1/2000*; CUEVILLAS SAYROL, J.A., (Coord.), *cit.*, pp. 27-29.

44. Cfr. ARMENTA DEU T., "La Ejecución Provisional", *cit.*, pp. 32-33.

45. Cfr. CABALLOL ANGELATS, L., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIAÑO, F. (Coord.), *cit.*, p. 641; ÍDEM, "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la ley 1/2000*; CUEVILLAS SAYROL J.A. (Coord.), *cit.*, p. 40-41.

arts. 415.2 y 428.2, en relación al art. 517.2º LEC que los denomina títulos ejecutivos; y el Auto despachando la ejecución en el proceso monitorio a que se refiere el art. 816.1 en relación al art. 517.2.9º de la LEC; y, también los Autos que acogen el allanamiento parcial del art. 21.2 LEC. Un último supuesto lo constituiría la resolución de fondo que revistiera indebidamente la forma de Auto, toda vez que la Doctrina del TC es concluyente en este sentido cuando afirma «la inadecuada forma utilizada no debe erigirse en obstáculo que ...impida el acceso a la ejecución provisional» (SSTC 113/1988 de 9 de Junio y 85/1991 de 22 de Abril)<sup>46</sup>.

Pues bien, en todos estos supuestos cabe la ejecución provisional, porque una correcta interpretación de los preceptos legales así lo impone. Respecto de la transacción judicial o, mejor dicho, el Auto que la homologa o aprueba, tiene para las partes autoridad de cosa juzgada, y procede para llevarla a cabo la vía de apremio, es claro que de igual modo cabe la ejecución provisional que, como se ha indicado, viene equiparada en la LEC a la ejecución ordinaria, a salvo su carácter subordinado o supeditado a las resultas del recurso. Respecto del Auto que aprueba el allanamiento parcial, también la Ley es clara, pues el art. 21.2 establece que el mismo «será ejecutable conforme a lo establecido en los arts. 517 y ss.», remisión en bloque al Libro III que incluye también la posibilidad de ejecución provisional<sup>47</sup>.

Para el supuesto de la resolución que pone fin a la impugnación de las costas por indebidas, no ha lugar tampoco a plantearse problema, pues al remitir el art. 246.4, para la tramitación de la impugnación, al juicio verbal, la decisión que le ponga fin adoptará la forma de sentencia<sup>48</sup>. Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de ejecutar de manera provisional única y exclusivamente la condena en costas impuesta en una

sentencia que no contenga otros distintos pronunciamientos condenatorios, aunque la cuestión es muy discutida, nos inclinamos por la respuesta negativa. En primer lugar, formalmente, el art. 242. 1 y 3, hablan de la *firmeza de la resolución condenatoria en costas* como presupuesto ineludible para efectuar su tasación; por tanto, hasta que la sentencia no alcance esa condición no será posible llevar a cabo la ejecución de dicha condena. Pero, además, en segundo lugar, es evidente que dicha condena en costas es un supuesto arquetípico de condena dineraria ilíquida respecto de la cual, ni en la anterior regulación, ni ahora, cabe ejecución provisional<sup>49</sup>.

Por lo que respecta a los Autos de contenido procesal, por su propia naturaleza han de estar excluidos de la ejecución provisional.

En cuanto a los Laudos, señalar que se omite toda referencia en la regulación de la ejecución provisional a los Laudos arbitrales. Aunque se trata de resoluciones de conflictos jurídicos, a los que la ley equipara en sus efectos a la sentencia a los efectos de la ejecución definitiva, sin embargo, no pueden ser provisionalmente ejecutados. La ley de Arbitraje 36/1988 de 5 de Diciembre, ni afirma ni niega la posibilidad de ejecución provisional de laudo sometido al recurso de anulación, a diferencia de lo que ocurría en la anterior Ley de 22 de Diciembre de 1953, que la permitía expresamente (art. 31) mediante la prestación de fianza suficiente a criterio del Juez de primera instancia competente. En la normativa vigente, solamente se permite solicitar medidas cautelares (art. 50), conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo una vez alcance la firmeza<sup>50</sup>.

Finalmente, el art. 524.5 establece la preferencia de la ejecución provisional de los pronunciamientos que tutelen derechos fundamentales.

46. Cfr. ARROYO GARCÍA, S., "La Ejecución Forzosa de Títulos Judiciales y Extrajudiciales". *Comentarios Prácticos a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*; CABAÑAS GARCÍA, J.C. (Coord.), cit., pp. 496-497; Díez PICAZO JIMÉNEZ, I., con DE LA OLIVA SANTOS, A. y VEGAS TORRES, J., "Derecho Procesal Civil", t. 2, cit., pp. 361-362; GARBERI LLOBREGAT J. (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., pp. 257-259.

47. Respecto de Auto que aprueba u homologa las transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, GARBERI LLOBREGAT J., "La Ejecución Provisional en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", cit., pág. 2312, aunque entiende que en principio ningún problema habría para admitir la ejecución provisional, puesto que se trata de resoluciones susceptibles de ejecución definitiva; sin embargo, advierte que no tiene sentido preguntarse por la operatividad o no de la ejecución provisional, en tanto que nos encontramos ante resoluciones que constituyen mutuo acuerdo o transacción de las partes sobre el objeto del proceso, por lo que, en tales condiciones, ninguna de ellas podrá impugnar el auto que se limite a homologar dicho acuerdo, porque carecerán de gravamen y, por tanto, de legitimación para hacerlo.

48. Cfr. GARBERI LLOBREGAT, J. (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., p. 259.

49. Cfr. GARBERI LLOBREGAT J., "La Ejecución Provisional en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", cit., p. 2.311.

50. Cfr. MORENO CATENA V., con CORTÉS DOMÍNGUEZ V., y GIMENO SENDRA V., "Derecho Procesal Civil", cit., p. 477; GARBERI LLOBREGAT J. (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., pp. 263-264. En contra la opinión de CABALLEROL ANGELATS L., "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", cit., pp. 31-32, que entiende que la falta de regulación no tiene porque significar un obstáculo definitivo a la posibilidad de ejecutar provisionalmente el laudo arbitral pendiente de recurso de anulación, y en tanto la propia Ley de Arbitraje regula la adopción de medidas cautelares, siendo algunas de éstas de naturaleza satisfactoria, lo que equivale a la ejecución provisional.

Inicialmente este último apartado no figuraba en el Proyecto de Ley aprobado el 30 de Octubre de 1998, sino que se incorporó posteriormente al Texto legal, en virtud de una enmienda en la tramitación parlamentaria, a los efectos de cumplimentar lo establecido en el art. 53.2 de la Constitución<sup>51</sup>.

Por tanto, a través de este reconocimiento se plasma el mandato jurisdiccional de dar un tratamiento preferente y sumario a los mecanismos que tutelan derechos fundamentales. Con esto se pone, además remedio a la paradójica situación derivada de la deficiente regulación legal anterior, a tenor de la cual y por efecto del art. 14.1 de la ley 62/1978 (en que se declaraba la sentencia apelable en ambos efectos), el tratamiento procesal se veía remitido al régimen ordinario del art. 385 LEC. Esta circunstancia implicaba, no ya sólo una situación totalmente distinta a la garantía reforzada que debe regir en materia de derechos fundamentales, sino incluso mucho menos beneficiosa que la señalada en otros casos especiales, al sujetar determinados supuestos de ejecución provisional de sentencias tuteladoras de derechos fundamentales a la discrecionalidad del juez y a la prestación de fianza.

En la regulación vigente esta preferencia está prevista para evitar que el volumen de trabajo de los Tribunales sea un obstáculo a la rápida tutela y efectividad de estos pronunciamientos. No obstante, en el sistema de la ley, esta preferencia no conlleva la imposibilidad de suspender la ejecución en virtud de la estimación de una causa de oposición. Lo cual representa un retroceso en relación con aquellos procesos especiales que, teniendo como objeto derechos fundamentales, establecían la apelación en un efecto de las sentencias estimatorias de la demanda, ya que la efectividad de estos pronunciamientos no se podía suspender.

En todo caso, desde el punto de vista práctico, este supuesto ha de entenderse incluido en el art. 182 LEC, cuando se refiere a las «excepciones legalmente establecidas», como justificativo de una alteración del orden previsto para el señalamiento de las vistas<sup>52</sup>.

#### **B) Resoluciones no ejecutables provisionalmente**

El art. 525 de la LEC establece en forma tasada las excepciones al principio de ejecutabilidad

provisional de todos los pronunciamientos de condena. El legislador ha querido así concretar un catálogo de sentencias que están absolutamente excluidas de la ejecución provisional.

- a) *Sentencias dictadas en los procesos sobre maternidad, paternidad, filiación, nulidad del matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales en conexión con lo que sea objeto principal del proceso.*

En este nº 1 del art. 525 se repiten las prohibiciones que ya figuraban en el art. 385.III de la Ley de 1881. La exclusión de estos supuestos se justifica por las mismas razones, es decir, la propia naturaleza de la acción ejercitada y el rechazo a una ejecución provisional en relación a pronunciamientos que tiene que ver con el estado civil y la capacidad de las personas.

En realidad, los pronunciamientos que recaen en este tipo de procesos no son de condena, sino constitutivos o meramente declarativos, por lo que, no son susceptibles de ejecución forzosa, tampoco podrán ser provisionalmente ejecutables (art. 521 LEC)<sup>53</sup>.

La novedad la constituye la mención expresa que la norma hace a la posibilidad de ejecutar provisionalmente los pronunciamientos relativos a las relaciones y obligaciones patrimoniales que puedan darse en ese tipo de procesos.

Esta incorporación a la Ley de tales extremos ha venido a esclarecer y dar satisfacción a una cuestión que bajo la antigua normativa había suscitado problemas en orden a la posibilidad o no de ejecutar provisionalmente las medidas provisionales. En efecto, desde 1984 se había venido considerando que los pronunciamientos principales de las sentencias dictadas en este tipo de procesos no admitían régimen de interinidad. Sin embargo, en la actual regulación la LEC ha atendido a la necesidad de dar eficacia a determinados pronunciamientos accesorios emitidos en este tipo de procesos, mientras están pendientes de un recurso. Así, en los procesos matrimoniales, se prevé que las medidas provisionales adoptadas sean modificadas conforme al contenido de la sentencia de primera instancia impugnada (arts. 774.5)<sup>54</sup>.

51. A través de la enmienda n. 949 del Grupo popular. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, VI Legislatura, n. 147-149, de 26 de Marzo de 1999.

52. Cfr. CABALLOL ANGELATS, L., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LLAÑO F. (Coord.), *cit.*, p. 631; ARMENTA DEU, T., "La Ejecución Provisional", *cit.*, pp. 56-60.

53. El art. 521 y también el art. 522 constituyen una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, congruente con la inclusión de estas sentencias (declarativas y constitutivas) entre las clases de tutela jurisdiccional que se puede obtener de los jueces y tribunales de acuerdo con el art. 5.1 LEC. *to sobre la nulidad, separación o divorcio*.

Por tanto, se podrán ejecutar provisionalmente esas medidas patrimoniales, como el abono de pensiones, ya sean alimenticias o compensatorias, los reintegros entre los litigantes, el uso de la vivienda familiar etc.

También podrán ejecutarse provisionalmente aquellos supuestos admitidos legal y jurisprudencialmente, incluso con anterioridad a la nueva LEC, que son los efectos derivados de un pronunciamiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo, que una vez aprobados por el juez, disfrutan de ejecutividad inmediata en virtud del art. 90 del C. Civil, y las sentencias que condenen al pago de una deuda de alimentos o de otra índole, por no formar parte del carácter unitario de la sentencia y ser perfectamente separables<sup>55</sup>.

Sin embargo, la dicción del 525.1 LEC suscita dudas en torno a la posibilidad de ejecutar provisionalmente el pronunciamiento relativo a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. En relación a la disolución y liquidación del régimen económico del matrimonio, la respuesta ha de ser negativa, porque dicho pronunciamiento es constitutivo, y como tal está excluido de la posibilidad de ejecución provisional. Ello no es obstáculo a que en la propia sentencia se acuerden las cautelas o garantías que procedan (art. 774.4 LEC), pero no se trataría de ejecución provisional, sino de adopción de medida cautelar, o petición de que se practique, si no se hubiere hecho antes, inventario del caudal común con las consiguientes reglas para la administración y disposición de los bienes incluidos en el mismo (arts. 808 y 809 LEC). Pero la práctica de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial requiere la firmeza de la sentencia (art. 810.1 LEC). Entendemos, no obstante, que ningún obstáculo hay para proceder a la liquidación, aún existiendo recurso de apelación, si el recurso no afecta a la propia declaración de nulidad, separación o divorcio (art. 774.5 LEC), porque en este caso el hecho constitutivo por el que se modifica el estado civil es firme y conlleva la propia firmeza de la declaración de disolución del régimen económico matrimonial (arts. 95, párrafo 1º, y 1392 C. Civil), aunque en este caso no se trataría de una

ejecución provisional sino definitiva, por ser firme el pronunciamiento de que la liquidación trae causa. Por tanto, en relación a la disolución y liquidación del régimen económico del matrimonio no cabe ejecución provisional<sup>56</sup>.

Por último, cabe también señalar que en éste ámbito, la LEC ha introducido otra novedad importante al prever la firmeza de los pronunciamientos sobre el vínculo matrimonial cuando la impugnación tenga por objeto cuestiones distintas (art. 777.8 LEC)<sup>57</sup>.

*a) Sentencias que condenan a emitir una declaración de voluntad.*

Quedan excluidas de la ejecución provisional las sentencias que condenan a una declaración de voluntad. Esta previsión, en comparación con la normativa anterior constituye también una novedad.

Las sentencias que condenan a emitir una declaración de voluntad constituyen un tipo especial dentro de las genéricas condenas de hacer, cuyas peculiaridades ya habían sido detectadas por la jurisprudencia y por la doctrina. La LEC da a su ejecución (forzosa) un tratamiento especial en el art. 708. En este supuesto, cuando se condena a la emisión de una declaración de voluntad, si el ejecutado no procediera a emitir tal declaración en el plazo de 20 días que prevé al art. 548 LEC, el tribunal dictará auto teniendo por emitida la declaración, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio, y no siendo así, si los elementos no son esenciales, determinándolos el tribunal en la propia resolución, oídas las partes. Si la indeterminación afecta a elementos esenciales y no se emite la declaración de voluntad, se procederá por los daños y perjuicios causados con arreglo a los arts. 712 y ss. de la LEC.

La prohibición de ejecutarlas provisionalmente constituye una opción del legislador en atención al contenido específico de la condena en este supuestos, es decir, un hacer personalísimo que no se estima susceptible de una actividad sustitutoria provisional. Sin embargo, al no estar incluidas dentro del art. 521 (sentencias mero declarativas y constitutivas), y frente a determi-

54. El art. 774.5 establece: «Los recursos que, conforme a la ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio».

55. Cfr. CABALLO ANGELATS L., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIAÑO F. (Coord.), cit., p. 635; ÍDEM, «La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales», *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*; CUEVILLAS SAYROL J.A. (Coord.), vol. III, cit., pp. 33-34; ARMENTA DEU T., «La Ejecución Provisional», cit., pp. 68-70.

56. Cfr. GARBÉRÍ LLOBREGAT, J. (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., p. 261.

57. El art. 777.8 LEC establece: «La sentencia que deniegue la separación o el divorcio y el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges podrán ser recurridos en apelación. El recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspenderá la eficacia de éstas, ni afectará a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o al divorcio».

nadas interpretaciones que la estiman posible<sup>58</sup>, el legislador ha optado por su mención expresa<sup>59</sup>.

c) *Las Sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial.*

La ley excluye también del régimen de la ejecución provisional las sentencias que declaran la nulidad o la caducidad de los títulos de propiedad industrial. La razón fundamental es la eficacia erga omnes de este tipo de pronunciamientos. Una vez producida la pérdida de vigencia, interina o definitiva, de los derechos de propiedad industrial, cualquier persona (no sólo el demandante) podría iniciar su explotación legítima. Esta situación podría tener como consecuencia que, en caso de revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente, la responsabilidad derivada de la efectividad del pronunciamiento quedara indeterminable, con lo cual se haría prácticamente imposible hacerla efectiva, ya que la responsabilidad contraída por los terceros que

hubieran actuado sobre la base de la efectividad interina del pronunciamiento quedaría al margen de la revocación<sup>60</sup>.

Los casos de nulidad y caducidad se contemplan en la Ley de Patentes (Ley 11/1986 de 20 de Marzo) y en la Ley de Marcas (Ley 32/1988 de 10 de Noviembre), en los arts. 112 a 118, y 47 a 55, respectivamente<sup>61</sup>.

Las sentencias que declaran la nulidad del título tienen naturaleza declarativa, y las que declaran la caducidad tienen asignado un carácter eminentemente constitutivo, por tanto, en principio no son pronunciamientos de condena, y, por tanto, no son susceptibles de ejecución forzosa, menos aún de ejecución provisional aunque no hay que olvidar que la normativa específica en materia de patentes y marcas también admite el ejercicio de acciones de condena<sup>62</sup>.

En este sentido, parece que lo adecuado, tanto desde el punto de vista legal (art. 138 L.P.)<sup>63</sup>, como desde el Jurisprudencial<sup>64</sup>, es la

58. Por ejemplo CABALLOL ANGELATS, L., "La Ejecución Provisional en el Anteproyecto de LEC", *Presente y Futuro del Proceso Civil*, cit., pág. 591. ÍDEM, "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *Instituciones del Nuevo proceso Civil*, cit., pp. 34-3; ÍDEM, *Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIAÑO, F. (Coord.), cit., p. 636, señala que no hay razones prácticas o técnicas que justifiquen la inclusión de este pronunciamiento en el art. 525, puesto que el argumento de que se trata de un hacer personalísimo no debería tener ninguna incidencia sobre este particular. Al contrario, cumplidas las exigencias del art. 708 no da deberia impedir la posibilidad de su ejecución provisional, postulando dejar a criterio del beneficiado por la resolución la facultad de valorar las ventajas y riesgos que le ofrece la efectividad provisional de un pronunciamiento sometido a condición resolutoria. En sentido contrario la opinión de Díez Picazo Jiménez, I., con DE LA OLIVA SANTOS, A., y VEGAS TORRES, J., "Derecho Procesal Civil", cit., p. 363, que opina que teniendo en cuenta en que puede consistir la ejecución forzosa de estas condenas, no es extraño que el art. 525 la excluya de la ejecución provisional, puesto que de permitirse ésta se daría una grave inseguridad jurídica; DAMIÁN MORENO, J., "Comentarios a los arts. 524 a 537 de la LEC", *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*; LORCA NAVARRETE, A.M. (Director), cit., p. 2.502, estima que teniendo en cuenta que el art. 708 admite la posibilidad de que la ejecución se convierta en pecuniaria cuando no puede llevarse a cabo, al menos, podrían autorizarse medidas cautelares que garantizaran dicho pronunciamiento.

59. Cfr. GARBERI LLOBREGAT, J., (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., p. 263; ARMENTA DEU, T., "La Ejecución Provisional", cit., pp. 71-73.

60. Cfr. CABALLOL ANGELATS, L., "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, cit., p. 35; ÍDEM, *Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIAÑO, F. (Coord.), cit., p. 636.

61. En materia de patentes, la nueva LEC afecta directamente a su normativa especial. La Disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, en su apartado 2, n. 14º, se refiere a los apartados tercero y cuarto del art. 125, al apartado segundo del art. 133, al art. 135 y a los apartados primero y segundo del art. 136 de la Ley de Patentes; y la Disposición adicional 5ª, modifica el apartado primero del art. 125 de la Ley de Patentes, que queda redactado en los siguientes términos: "Los litigios Civiles que puedan surgir al amparo de la presente ley se resolverán en el juicio que corresponda conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil".

La Ley de Marcas no ha sido objeto de modificación. Se ha dejado sin reformar el art. 134 de la LP (relativo a las medidas cautelares específicas que cabe adoptar), remitiendo su tramitación a la nueva regulación de la Ley 1/2000. Se sustituye el redactado del art. 133 L.P. señalando que, para solicitar la adopción de medidas cautelares tendentes a asegurar alguna de las acciones previstas en la ley, deberá justificar la explotación de la patente objeto de la acción en los términos del art. 83 L.P. o que se han iniciado unos preparativos serios y efectivos a tales efectos (Disp. Final 5ª.2 LEC 1/2000).

62. En opinión de Díez Picazo Jiménez, I., con DE LA OLIVA SANTOS, A./VEGA TORRES J., "Derecho Procesal Civil", cit., t. 2, p. 363, la exclusión de estas sentencias puede ser entendida en dos sentidos: en primer lugar, que la sentencia que declare la nulidad o caducidad de un título de propiedad industrial, mientras no sea firme no será eficaz, en lo que respecta a esa declaración en sí misma considerada; en segundo lugar, que tampoco son susceptibles de ejecución provisional los pronunciamientos de condena que acompañen a dicha declaración, puesto que al no hacer ninguna salvedad, la voluntad del legislador es excluir totalmente la ejecución provisional. Sin embargo, DAMIÁN MORENO J., "Comentarios a los arts. 524 a 537 de la LEC", *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, LORCA NAVARRETE (Director), cit., p. 2.502, entiende que los pronunciamientos de condena en esta materia gozan de eficacia ejecutiva (arts. 63 de la Ley de Patentes y 36 de la Ley de Marcas).

63. El art. 138 de la L.P. establece: "Si la sentencia de primera instancia dictada en el procedimiento civil de fondo

adopción de medidas cautelares, que se ajustan mucho mejor a este supuesto<sup>65</sup>.

d) *La Sentencia extranjera.*

El apartado 2 del art. 525 de la LEC prohíbe la ejecución provisional de sentencias extranjeras no firmes, a menos que así lo autorice un Tratado Internacional<sup>66</sup>. Obvia decir que el precepto se está refiriendo a resoluciones extranjeras que, a su vez, deben haber sido declaradas ejecutables provisionalmente en el país en que se han dictado.

Este supuesto de interdicción de la ejecución provisional no se contemplaba ni en el inicial Borrador, ni tampoco en el Anteproyecto de Ley, puesto que se argumentaba la necesidad de que se llevara a cabo previamente la homologación o reconocimiento de la resolución extranjera a través del *exequátur*, expediente que, a su vez, precisaba de la previa firmeza de la resolución. Posteriormente se incorporó al Proyecto de Ley, permitiéndose la ejecución provisional de este tipo de resoluciones cuando así se estableciera en virtud de Tratados Internacionales. Esta es la circunstancia que finalmente se ha incorporado al Texto de la LEC, que admite la ejecución provisional al amparo de Tratados Internacionales y singularmente del Convenio de Bruselas, de 27 de Septiembre de 1968<sup>67</sup>.

Por tanto, la norma general es la no ejecución provisional de las sentencias extranjeras, regla que goza de no pocas excepciones al amparo de los Tratados Internacionales, tanto de los países signatarios del Convenio de Bruselas como de otros Tratados Bilaterales o Multilaterales, salvo que exista Tratado que lo impida entre el país que dictó la resolución y España.

En caso de no poderse ejecutar provisionalmente la sentencia extranjera, cabrá no obstante

la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares, en virtud del art. 24 del Convenio de Bruselas, ya que la propia sentencia recurrida sería la acreditación inmejorable del *fumus boni iuris*, al modo que se aplica este criterio en el derecho interno y en el internacional<sup>68</sup>.

## 5. Sujetos de la Ejecución Provisional

### A) *Órgano Jurisdiccional. Competencia*

En la regulación de la LEC de 1881, en materia de competencia en la ejecución provisional, se establecía, con carácter general, que el juez competente para la ejecución de la sentencia era el que conoció en primera instancia (antiguos arts. 919 y 714 LEC). Era una norma de competencia funcional que la atribuía al órgano que había dictado la sentencia en primer lugar. Sin embargo, la determinación del órgano que podía ejecutar provisionalmente la sentencia podía variar, ya que los arts. 385 y 1722 de la LEC de 1881, otorgaban competencia para llevar a cabo esta ejecución al órgano ante quien se interpusiera el recurso, como uno de los presupuestos procesales que debían concurrir para ejecutar provisionalmente una resolución recurrida.

La Ley 1/2000, dentro del ámbito de la ejecución forzosa, señala un criterio único de competencia funcional, en virtud del cual corresponde al que haya conocido del asunto (art. 61 LEC). Además, en el ámbito de la disposiciones generales de la ejecución provisional, el art. 526. 2, aplicable tanto a la sentencias dictadas en primera instancia, como a las dictadas en segunda instancia establece que *«la ejecución provisional de sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará, y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria, por el Tribunal competente para la primera instancia»*.

---

... estableciera pronunciamientos condenatorios para alguna de las partes y fuera objeto de recurso de apelación, se dará cuenta del recurso a la parte apelada, para que esta pueda, dentro del plazo de tres días, exigir del juez la adopción de las correspondientes medidas cautelares o la prestación de la oportuna fianza sustitutoria, tendentes al aseguramiento de la efectividad del fallo recaído, siempre que estas medidas no se hubieran adoptado previamente o fueren insuficientes».

64. Vid., entre otras. SAP Granada de 12/Abril/1995 que señala que ha de entenderse que el legislador no ha querido que las sentencias que se dicten en estos procedimientos sean susceptibles de ejecución provisional. Un análisis detallado de estas cuestiones puede verse en CUCARELLA GALIANA L.A. "El Proceso Civil en materia de Patentes". Edit. Comares, Granada, 1999, pp. 542 y ss.

65. Sobre estos extremos, Cfr. ARMENTA DEU T. "La Ejecución Provisional", cit., pp. 73-78.

66. Conforme a lo establecido en la Disposición Derogatoria Única. 1. 3ª de la LEC, en materia de ejecución de sentencias extranjeras sigue vigente el procedimiento de los arts. 951-958 de la LEC de 1881, hasta que entre en vigor la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

67. El art. 131 del Convenio de Bruselas establece: *«Las resoluciones dictadas en un estado contratante que allí fueron ejecutorias se ejecutarán en otro Estado contratante, a instancia de cualquier parte interesada, si hubiesen otorgado su ejecución en este último. No obstante, esas resoluciones se ejecutarán en Inglaterra y País de Gales, en Escocia o en Irlanda del Norte, previo registro con fines de ejecución, a instancia de la parte interesada en una o en otra de esas partes del Reino Unido, según el Convenio»*.

68. Cfr. ARMENTA DEU T. "La Ejecución Provisional", cit., pp. 79-81. Sobre estos particulares puede también consultarse GASCON INCHAUSTI F., "Medidas Cautelares de Proceso Civil Extranjero (art. 24 del Convenio de Bruselas)", Edit. Comares, Granada, 1998.

Así se desprende también de los arts. 524.2, con relación a las sentencias dictadas en primera instancia, y 535.2, con relación a las sentencias dictadas en segunda instancia.

Por si hubiera duda, y pese a que la pendencia de un recurso devolutivo supone que el tribunal que dictó la resolución recurrida pierda su competencia para conocer del asunto, el art. 462 LEC dispone que «durante la sustanciación del recurso de apelación, la jurisdicción del tribunal que hubiese dictado la resolución recurrida se limitará a las actuaciones relativas a la ejecución provisional de la resolución apelada», norma ésta que debe aplicarse análogicamente al recurso de casación y al recurso extraordinario por infracción procesal.

Esta norma de competencia funcional en materia de ejecución provisional se extiende a todos los aspectos de la misma: presentación de la solicitud, despacho de la ejecución, oposición, actuaciones ejecutivas y, en su caso, revocación.

Esta norma facilita la gestión congruente del asunto, tanto en los supuestos de continuación de la ejecución provisional despachada con anterioridad, como en los supuestos de restitución de lo obtenido con la ejecución provisional<sup>69</sup>.

#### **B) Las Partes en la Ejecución Provisional. Legitimación**

El art. 526 de la LEC establece que podrá pedir y obtener la ejecución provisional la parte que haya obtenido un pronunciamiento a su favor en una sentencia de condena. Con esta dicción literal le ley hace abstracción de quien haya interpuesto el recurso, superando la polémica suscitada en torno al antiguo art. 385 LEC, que al utilizar reiteradamente el término apelado para determinar la legitimación, hacía pensar, y así se seguía en la práctica judicial, que el que había interpuesto el recurso de apelación, pese a que consintiera determinados pronunciamientos de la sentencia hechos a su favor, quedaba privado de la posibilidad de solicitar la ejecución provisional de los mismos. Es indiferente la posición que el solicitante de la ejecución provisional adopte en el recurso. Lo decisivo es que la sentencia contenga un pronunciamiento a su favor. Por tanto, comprende no sólo el supuesto en que el solicitante, por haber obtenido en primera instancia todo lo pretendido o por conformarse con

la estimación parcial de la demanda o de la reconvencción, no interpone recurso de apelación, sino también los supuestos de estimación objetiva parcial de la pretensión y de estimación de la demanda en todo o en parte, respecto a alguno de los demandados siendo varios.

En estos casos el solicitante podrá apelar en aquello que le produzca gravamen (art. 448.1 LEC), sin que ello le inhabilite para solicitar la ejecución de aquellos pronunciamientos que le sean favorables y sin que implique un acto contradictorio con su decisión de recurrir<sup>70</sup>.

En esta novedad legal, es importante el iter parlamentario y doctrinal que el tema de la legitimación ha seguido desde la reforma de 1984, en la cual el debate se centró en determinar si la parte recurrente podía, a su vez, conseguir la ejecución provisional de los pronunciamientos que le fueran favorables. Esta es la tesis que, finalmente, se impuso en la regulación de la LEC, aunque no se encontraba recogida en el Texto del Proyecto que inicialmente se presentó al Congreso de los Diputados (arts. 528.2 y 529.1, actuales artículos 526 y 527.1).

Sin embargo, el actual art. 527.1 LEC mantuvo la referencia a la parte apelante y a la adhesión al recurso, al hablar del momento a partir del cual se puede solicitar la ejecución provisional, con lo cual cabe preguntarse si la legitimación para instar la ejecución provisional continúa subordinada a que la parte contraria haya impugnado, inicialmente o en forma adhesiva. Entendemos que no. En efecto, la notificación de la providencia que tenga por preparado el recurso, debe hacerse tanto al recurrente como al recurrido, señalando el momento a partir del cual pueden instar la ejecución provisional<sup>71</sup>.

Esta posibilidad de que el recurrente, a su vez, pueda solicitar la ejecución provisional de aquellos pronunciamientos que le son favorables y que no han sido impugnados en el recurso, ha propiciado el que se haya indicado que, en buena lógica, está pretendiendo la ejecución definitiva de aquellos pronunciamientos firmes, y, que, en consecuencia la vía para hacerlos efectivos sería la ejecución definitiva y no la provisional. Sin embargo, es lo cierto que no siempre que un pronunciamiento concreto de una sentencia no es impugnado pueda asegurarse con total seguridad su firmeza, y además no tendría mucho sen-

69. Cfr. MORENO CATENA, V., con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./GIMENO SENDRA, V., "Derecho Procesal Civil", cit., p. 478; MONTERO AROCA, J., y otros "Derecho Jurisdiccional", cit., p. 542. Díez PICAZO JIMÉNEZ, I., con DE LA OLIVA SANTOS, A. /VEGAS TORRES, J., cit., p. 364; CAMARA RUIZ J., con ORTELL RAMOS y otros, "Derecho Procesal Civil", cit., p. 946; CABALLOL ANGELATS, L. "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, cit., p. 37; ARMENTA DEU, T. "La Ejecución Provisional", cit., pp. 83-84.

70. Cfr. GARBERRI LLOBREGAT J. (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., p. 275.

71. Cfr. CABALLOL ANGELATS, L., "La Ejecución Provisional", *El Proceso Civil y su Reforma*, cit., pp. 482-483; ÍDEM, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIANO, F. (Director), cit., pp. 639-640.



tido restringir la legitimación para conseguir la ejecución provisional cuando proceda la definitiva<sup>72</sup>.

La posición de las partes en la ejecución provisional, por remisión expresa del art. 526.3 LEC, será similar a la que ocupan ejecutante y ejecutado en la ejecución ordinaria (arts. 538 y ss. LEC), y así:

- Deberán ser dirigidas por Letrado y representadas por Procurador, salvo en los casos de resoluciones dictadas en procedimientos donde no sea preceptiva su intervención (art. 539.1 LEC). Cuando se trate de procedimiento monitorio en que no haya habido oposición se requerirá la intervención de Abogado y Procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 150.000.- ptas.

También se establece quiénes pueden verse involucrados como partes ejecutadas del proceso, por extenderse legalmente el despacho de la ejecución al responder personalmente o con sus bienes de la deuda ajena, siempre que la responsabilidad personal o real, derive de la ley o se acredite mediante «documento público» en el primer caso y «fehaciente» en el segundo (art. 538.3º)

- Se añaden también, en los preceptos señalados, algunos supuestos específicos de extensión de la actividad de la ejecución, como son los casos de sucesión (art. 540 LEC); de bienes gananciales (art. 541 LEC); de ejecución frente al deudor solidario (art. 542 LEC); de asociaciones o entidades temporales (art. 543 LEC) y de Entes sin personalidad jurídica (art. 544 LEC)<sup>73</sup>.

### III. PROCEDIMIENTO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

#### 1. Solicitud de Ejecución Provisional y Despacho de la Ejecución

La ejecución provisional sólo puede despacharse a instancia de parte legítima, que habrá de presentar su solicitud ante el tribunal competente. La solicitud no está, a diferencia del régimen precedente, sometida a plazo preclusivo sino a la oportunidad de la misma, pues ha de presentarse en el tiempo que media entre la preparación del recurso de apelación y su decisión. El art. 527.1 LEC fija un momento inicial y un momento final que marcan la oportunidad de solicitar la ejecución provisional. Ambos marcan la pendencia del recurso o de la segunda instancia. Efectivamente dice el art. 527.1 que la ejecución puede pedirse «desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación, o en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso...». Pareciera, en principio, un contrasentido que se establezcan dos reglas distintas sobre el dies a quo para la interposición del recurso: 1) la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso; 2) el traslado a la parte apelante del escrito de la apelada adhiriéndose al recurso. Sin embargo, este supuesto está concebido para un hipótesis específica, es decir, la hipótesis normal de la adhesión al recurso supone que la sentencia no ha estimado en su totalidad ni la demanda ni la oposición a la misma; de modo que existe gravamen para ambas partes; y en este caso, el apelante principal, que ha obtenido algún pronunciamiento a su favor, disintiendo de lo desfavorable a través del recurso, no tiene por qué esperar a que la parte contraria se adhiera para pedir la ejecución provisional de aquello que le beneficia. Por ello, en esta hipótesis podrá pedirla, tanto desde que se notifique la providencia teniendo por preparado el recurso, como desde el traslado de la adhesión<sup>74</sup>.

72. Cfr. CABALLO ANGELATS, L., "La Ejecución Provisional", *El Proceso Civil y su Reforma*, cit., p. 483; ÍDEM, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIANO, F., (Director), cit., p. 640. En este último sentido también DAMIÁN MORENO, J., "Comentarios a los arts. 524 a 537 LEC", *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 2.504.

73. Cfr. ARMENTA DEU, T., "La Ejecución Provisional", cit., pp. 88-91.

74. Cfr. GARBERILLOBREGAT, J. (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., pp. 276-277; Díez PICAZO GIMÉNEZ con DE LA OLIVA SANTOS, A./TORRES VEGA, J., "Derecho Procesal Civil", cit., pp. 364-365. Por su parte MONTERO AROCA, J., y otros, "Derecho Jurisdiccional", cit., t. 2, pp. 544-545 opina que esta distinción entre dos momentos iniciales para solicitar la ejecución provisional carece de sentido, aunque sí lo tenía en el Anteproyecto de LEC de 1997, al existir una norma conforme a la cual la ejecución provisional podía solicitarse, en todo caso, por la parte apelada, y por el apelante, sólo cuando el inicial pelado se hubiere adherido al recurso; de tal manera que parecía que el apelante principal sólo podía solicitar la ejecución provisional si el apelado se adhería al recurso y consecuencia de ello eran dos los momentos para pedir la apelación. Así, permitido luego por el Proyecto y finalmente por la LEC que el recurso podía interponerse por cualquiera que tuviese un pronunciamiento a su favor, ya no tiene sentido, a su juicio, tal distinción. Y DAMIÁN MORENO, J., "Comentarios a los arts. 524 a 537 de la LEC", *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*; LORCA NAVARRETE, J.M. (Director), cit., p. 2.505, nota 1, dice que sorprende que la Ley utilice el término de adhesión a la apelación, cuando en la Exposición de Motivos (XIII), el

Ahora bien, si el apelado se adhiere a la apelación, la condena no habrá sido consentida por éste y cabrá, en su caso, solicitud de ejecución provisional. Ahora bien, si el apelado no se adhiere a la apelación, los pronunciamientos de condena frente a él contenidos en la sentencia, aun no siendo firmes son pronunciamientos consentidos que (salvo una eventual nulidad de actuaciones) no podrán ser variados en la segunda instancia sin incurrir en incongruencia. Por ello, hay que sostener que si se solicitara la ejecución forzosa de esos pronunciamientos consentidos, la misma ha de ser tratada como una ejecución definitiva, y no como una ejecución provisional. En consecuencia, en estos casos de vencimiento parcial en que sólo una de las partes apela, debe esperarse al traslado del escrito al apelado para solicitar la ejecución. Y así, si el apelado se ha adherido a la apelación, habrá que solicitar una ejecución provisional y si no se ha adherido, lo que cabe iniciar es una ejecución definitiva<sup>75</sup>.

El art. 527.2, regula determinadas actuaciones previas que el solicitante ha de realizar para que sea admisible la ejecución provisional y que consiste en obtener y dejar en el Juzgado que conoció en primera instancia de lo necesario para despachar y proseguir la ejecución. Así, deberá obtener testimonio de la sentencia o resolución cuya ejecución inmediata vaya a solicitar, y de cuanto sea preciso, como de los poderes que acrediten la representación procesal, o de determinadas pruebas que puedan ser utilizadas en la ejecución provisional. Ahora bien, debido a que la ejecución provisional puede pedirse a lo largo de todo el período indicado, antes de que recaiga sentencia en el recurso devolutivo que proceda, el art. 527.2 distingue, en relación a estas determinadas actuaciones que tienen que realizar el solicitante, en función de que la solicitud se formule antes o después de que las actuaciones hayan sido remitidas al tribunal *ad quem*: a) si la solicitud de ejecución provisional se formula antes de la remisión de los autos al tribunal competente para resolver de la apelación, el mismo tribunal de primera instancia expedirá el testimonio de la parte de los autos necesaria para despachar la ejecución, antes de hacer la remisión (art. 527. 2.II y 463.1 LEC); b) si la solicitud se formula después de haberse remitido los

autos al Tribunal competente para conocer de la apelación, el solicitante deberá obtener previamente de éste testimonio de lo que sea necesario para la ejecución y acompañar dicho testimonio a la solicitud (arts. 527.2.1 y 463.2 LEC); c) cuando se solicite la ejecución provisional de sentencias dictadas en segunda instancia deberá acompañarse la certificación de la sentencia cuya ejecución provisional se pretenda, así como testimonio de cuantos particulares se estimen necesarios, certificación y testimonios que deberá obtenerse del tribunal que haya dictado la sentencia de apelación o, en su caso, del órgano competente para conocer del recurso que se haya interpuestos contra ésta (art. 535.2.II LEC)<sup>76</sup>.

La solicitud de ejecución provisional tiene que adoptar la forma de Demanda, tal y como previene el art. 524.1 LEC, que remite, de esta manera a las formalidades que para la Demanda ejecutiva se establecen en el art. 549, en la que habrá de expresarse, el título en que se funda el ejecutante, la tutela ejecutiva que se pretende, en relación con el título ejecutivo que se aduce y precisando, en su caso, las cantidades que se reclamen; los bienes del ejecutado susceptibles de embargo de los que tuviere conocimiento y, si los considera suficientes para la ejecución, así como las medidas de localización e investigación que interese al amparo del art. 590; la persona o personas frente a las cuales se pretenda el despacho de la ejecución, por aparecer en el título como deudores. O por estar sujetos a la ejecución de acuerdo con los arts. 538 a 544 LEC. No habrá necesidad de explicitar todos estos extremos cuando el título ejecutivo sea una resolución dictada por el tribunal competente para la ejecución, en cuyo caso la Demanda ejecutiva se limitará a la solicitud de que se despache la ejecución y a la identificación de la resolución cuya ejecución se pretenda.

A esta Demanda, suscrita por Letrado y Procurador (art. 539 LEC), deberán acompañarse los Documentos relacionados en el art. 550 LEC (sentencia de condena, poder otorgado al procurador, los documentos en que se acrediten los precios o cotizaciones aplicados para el cómputo en dinero de deudas no dinerarias, cuando no se trate de datos oficiales o de público conocimiento, y los que considere útiles o convenientes el

... legislador asegura categóricamente haber prescindido del concepto adhesión a la apelación, por generar equívocos. Verdaderamente el equívoco se produce por el hecho de que si bien es cierto que en realidad no existe un trámite de adhesión a la apelación, se mantiene la posibilidad de que quien inicialmente no haya recurrido pueda, no obstante, impugnar la sentencia dictada, lo cual hasta ahora ha recibido el nombre de adhesión a la apelación.

75. Cfr. Díez Pícazo Jiménez, con de la Oliva Santos, A./Vegas Torres, J., "Derecho Procesal Civil", cit., p. 365.

76. Cfr. Garberí Llobregat, J. (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., p. 277; Montero Aroca, J., y otros, "Derecho Jurisdiccional", cit., t.2, pp. 545-546; Cámara Ruis, I., con Ortelles Ramos, M., y otros, "Derecho Procesal Civil", cit., p. 947; Garberí Llobregat, J., "La Ejecución Provisional en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", cit., p. 2.315.

ejecutante para el mejor desarrollo de la ejecución y contengan datos de interés para despacharla<sup>77</sup>.

El juez resolverá sobre el despacho de la ejecución sin dar audiencia al ejecutado. Es de destacar que el juez, a tenor de lo que establece el art. 527.3, deberá despachar la ejecución provisional, salvo que se tratare de sentencia comprendida en el art. 525 (es decir, sentencia inejecutable), o si no contuviere pronunciamiento de condena a favor del solicitante. Esta previsión normativa ha de entenderse en sentido preceptivo, sin que pueda rechazarse el despacho de la ejecución, salvo porque entienda el órgano judicial que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos (art. 552 LEC). Aunque el margen de actuación del juzgador es muy limitado, debe entenderse que también puede denegarse el despacho de la ejecución por la falta de cualquier otro presupuesto de la misma. En caso de que se trate de un defecto subsanable, el Tribunal debe permitir la subsanación del mismo, en plazo de diez días, antes de denegar el despacho de la ejecución (art. 559 LEC).

Pese a la naturaleza ejecutiva de la ejecución provisional los requisitos del despacho de la ejecución definitiva sólo se aplicarán si existe una razón idéntica que permita hacerlo. Así, deberá analizarse en este momento la concurrencia de las exigencias de capacidad y representación (art. 551.1 LEC). En cambio, no lo será el requisito de que transcurran veinte días desde la notificación de la resolución al obligado para que pueda despacharse ejecución (art. 548 LEC). En este caso, a diferencia de lo que sucede con la sentencia firme en que sus efectos son exigibles desde que se dicta, los efectos de la resolución impugnada no son exigibles hasta que no se haya despachado ejecución provisional<sup>78</sup>.

Ahora bien, una cuestión a resaltar en la nueva regulación, es la reducción de las facultades

discrecionales del órgano judicial, a la hora de proceder al despacho de la ejecución, a diferencia de lo que sucedía con la anterior regulación<sup>79</sup>. En la actual regulación, y sin perder de vista el claro predominio del principio dispositivo, las facultades jurisdiccionales no deben alcanzar a pronunciarse *ex officio* sobre la posibilidad y conveniencia de la ejecución provisional, como sucede en ordenamientos como el francés y el alemán, ya que ni la configuración constitucional del derecho a los recursos de una lado, y el derecho a la ejecución de las sentencias de otro, ni la existencia de un interés público a este respecto, fundamentan esa interpretación, que encontraría además dificultades de aplicación en el contexto de la nueva Ley<sup>80</sup>.

Sin embargo, esta sensible reducción de la discrecionalidad de órgano no quiere decir que desaparezca totalmente si no que se limita al análisis del contenido de la sentencia cuya ejecución se solicita, en un doble sentido: comprobar que no contiene pronunciamiento de los contemplados en el art. 525, o que éste no sea de condena a favor del solicitante. Aparte de esta decisión inicial, existen algunos ámbitos donde opera el ejercicio de facultades discrecionales del juez.

- La denegación de oficio, si la sentencia no es de las provisionalmente ejecutables (art. 527.3 LEC)
- También si no se apreció de oficio y el ejecutado la formula como causa de oposición (art. 528.2.1ª LEC)
- Determinar si en el caso de revocación de la sentencia de condena al pago de cantidad ilíquida, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, será imposible o extremadamente difícil, restaurar la situación a la anterior a la ejecución provisional; o, en idéntico caso, compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios (art. 528.2.2ª LEC)

77. Cfr. ARMENTA DEU, T., "La Ejecución Provisional", *cit.*, pp. 102-103; GARBERI LLOBREGAT, J., "La Ejecución Provisional en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *cit.*, p. 2.315.

78. CABALLO ANGELATS, L., "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*; CUEVILLAS SAYROL (Coord.), *cit.*, p. 42; ÍDEM, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIAÑO (Coord.), *cit.*, p. 642.

79. A partir de la necesaria instancia de parte, la interpretación del antiguo art. 385 suscitó no pocas dudas en torno a cuales eran las facultades del órgano jurisdiccional respecto a la ejecución provisional. En concreto, ante la petición de la misma y el correspondiente análisis de la concurrencia de los presupuestos, se discutía si el juez debía valorar la concurrencia o no de ellos, y si su análisis y correspondiente ejercicio de facultades, debía extenderse a la conveniencia o no de tal medida. La jurisprudencia recurrió a la diferenciación entre sentencias de condena a entregar cantidad líquida o cantidad ilíquida, centrando el ejercicio de las facultades discrecionales en las sentencias de condena ilíquidas, donde había que atender a la existencia y monto de los perjuicios que podrían originarse, cabe señalar, que el análisis judicial frente a las frecuentes solicitudes recayó, en gran medida, sobre la cuantía de la caución como instrumento que salvaguardara en todo caso la posible revocación de la sentencia cuya ejecución provisional se despachaba. Cfr. ARMENTA DEU, T., "La Ejecución Provisional", *cit.*, p. 94; GARBERI LLOBREGAT J. (Director), *Los Procesos Civiles*, *cit.*, p. 278.

80. Cfr. ASENSIO MELLADO, J.M., "La Ejecución Provisional en el Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997", *cit.*, pp. 488-490.

- Decidir sobre la sustitución de medidas ejecutivas concretas en el caso de sentencias de condena dineraria, si así lo solicita el ejecutado en la oposición (art. 528.3.1 y 2 LEC).
- Pronunciarse sobre la necesidad de prestar caución y la cuantía de la misma en los diferentes supuestos que contempla la Ley: cuando en el caso de condena no dineraria el solicitante de la ejecución provisional, amén de negar la imposibilidad de restaurar la situación anterior o de resarcir en su caso. Ofrece caución para éste último fin (art. 529.3 LEC); o en el caso de sentencias de condena dineraria, al ejecutado le permiten oponerse, excepcionalmente, a determinadas medidas concretas, debiendo ofrecer caución para responder si las medidas alternativas que el mismo propone no son aceptadas o el pronunciamiento de condena es confirmado (art. 528.3.2 LEC).
- En los supuestos de revocación, a la hora de liquidar las indemnizaciones por daños y perjuicios, originados en sentencias que condenaban al pago de cantidad dineraria (art. 533 LEC) o no dineraria (art. 534 LEC).
- Todas las resoluciones que se han citado, también en el ámbito de la segunda instancia por remisión expresa de los arts. 535.536 y 537 de la LEC.

Por el contrario, la discrecionalidad judicial no se extiende a valorar las posibilidades, económicas o de otra índole, que ofrecerá el ejecutado provisionalmente a la hora de devolver lo percibido, mas los intereses y las costas, en el supuesto de la revocación de la sentencia de primera instancia<sup>81</sup>.

Otra cuestión que merece alguna reflexión es la relativa a cuales el *título ejecutivo* en virtud del cual se despacha la ejecución provisional. En el régimen de la antigua LEC, en que la ejecutabilidad provisional de una resolución no se producía ope legis, sino que sólo se daba una vez que el Tribunal apreciaba la concurrencia de los requisitos legales, la solución era entender que la ejecución provisional se despachaba en virtud de un título complejo formado por la resolución de condena más el Auto en el que se despachaba la ejecución provisional. En el régimen vigente, y en tanto la ejecución provisional opera *ex lege*, cabe afirmar que la sentencia de condena no firme constituye por sí misma título ejecutivo (salvo aquellas cuya fuerza ejecutiva está expresamente excluida por la Ley). Ahora bien, aunque título

lo ejecutivo *per se*, la sentencia de condena no firme es un título ejecutivo *sui generis*, en la medida en que el proceso de ejecución provisional presenta notorias peculiaridades con el proceso de ejecución definitiva. Esas peculiaridades se centran, como veremos, en el ámbito y contenido de la oposición a la ejecución provisional que el ejecutado puede formular, así como en el conjunto de normas establecidas para los casos de revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada. Así, las peculiaridades de la ejecución provisional en relación con la ejecución definitiva se dan en el antes y en el después, pero no durante. Quiere decirse que la ejecución provisional no presenta particularidad alguna en lo que a las actividades ejecutivas propiamente dichas se refiere. Sus peculiaridades, por lo demás, contingentes, pueden producirse antes de que la ejecución propiamente dicha se haya iniciado (si el ejecutado formula oposición a la ejecución provisional), y pueden producirse después de que dicha ejecución se haya iniciado, o incluso que haya concluido (si se revoca la sentencia provisionalmente ejecutada). Estas peculiaridades, sin embargo, para nada afectan a la consideración de la sentencia de condena no firme como título ejecutivo *per se*<sup>82</sup>.

El despacho de la ejecución se resolverá por Auto. Contra el Auto que deniegue la ejecución provisional se dará recurso de apelación (art. 527.4 LEC), que se tramitará sin dar audiencia al ejecutado y se resolverá con carácter preferente. Contra el Auto que despache la ejecución provisional no se dará recurso alguno, sin perjuicio de que el ejecutado pueda formular oposición, a través del incidente regulado en el art. 528 LEC, dentro de los cinco días siguientes al de la notificación del Auto concediéndola.

Este Auto, al igual que el que despacha la ejecución forzosa, deberá contener los extremos a que se refiere el art. 553 de la LEC, es decir, la determinación de la persona o personas frente a las que se despacha la ejecución y si se despacha en forma mancomunada y cualquier otra decisión que, respecto de las partes o del contenido de la ejecución resulte procedente realizar; la cantidad por la que se despacha provisionalmente la ejecución, en su caso; las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan conforme a lo previsto en los arts. 589 y 590 LEC; las actuaciones judiciales ejecutivas que procediere acordar, desde ese momento, incluido, si fuere posible, los bienes concretos a embargar y el contenido del requerimiento de pago al deudor, en los casos en que la ley establezca este requerimiento<sup>83</sup>.

81. Cfr. ARMENTA DEU, T., "La Ejecución Provisional", *cit.*, pp. 96-97.

82. Cfr. DÍEZ PICAZO JIMÉNEZ, I., con DE LA OLIVA SANTOS, A. / TORRES VEGA, J., "Derecho Procesal Civil", *cit.*, p. 366-367.

## 2. El Desarrollo de la Ejecución Provisional

Con relación al desarrollo de la ejecución provisional, la idea fundamental, como ya se expuso al hablar de la naturaleza jurídica, es que es ejecución. Los apartados 1, 2 y 3 del art. 524 LEC así lo indican al establecer que tanto para las partes como para el juzgador la manera de dar inicio a la ejecución provisional, su desarrollo y su contenido son los propios de la ejecución de sentencias.

Para el órgano jurisdiccional la ejecución provisional debe llevarse a cabo del mismo modo que la ejecución ordinaria. En consecuencia el tribunal tiene atribuidas las mismas facultades, y bajo ningún concepto estas pueden disminuirse. Así, por ejemplo, la facultad de imponer multas coercitivas a las partes ejecutadas es idéntica a la que tiene atribuida en la ejecución definitiva (arts. 589.3, 709, 710 y 711 LEC).

Para las partes tampoco es admisible una reducción de las obligaciones, cargas o garantías que la Ley les otorga en sede de ejecución definitiva, ya que una vez firme el pronunciamiento ejecutado provisionalmente, lo obtenido quedará inamovible, del mismo modo que si se hubiera conseguido a través de la ejecución definitiva. Por consiguiente, las facultades de actuación y de petición de las partes, en cualquiera de sus modalidades, deberían ser las mismas que las de la ejecución ordinaria.

La ley no menciona a los terceros: Sin embargo, al existir identidad de razón cabe entender que estos también gozan, en sede de ejecución provisional, de las mismas facultades de defensa que les otorga la propia LEC en sede de ejecución definitiva, teniendo además los terceros en la ejecución provisional el mismo deber de colaboración que en la ejecución definitiva (art. 591 LEC).

En cuanto a las previsiones específicas en el desarrollo de la ejecución provisional, y aparte la preferencia establecida a favor de la ejecución provisional de los pronunciamientos que tutelen derechos fundamentales a la que ya aludimos, puede producirse la suspensión de la ejecución provisional de las condenas dinerarias. Efectivamente, el art. 531 regula la facultad del ejecutado de poner fin a la ejecución de pronunciamientos de condena dineraria consignando en el

juzgado, para su entrega al ejecutante, las cantidades debidas más los intereses y las costas.

Resulta un tanto difícil determinar la verdadera finalidad de este precepto, porque no se comprende que se establezca una previsión específica para la ejecución provisional de condenas dinerarias, cuando lo dispuesto en este precepto es una regla general a todo tipo de ejecuciones. El cumplimiento voluntario siempre tiene un alcance obstativo sobre la ejecución, siendo indiferente que ese cumplimiento se dé por vías procesales o extraprocesales. Satisfecho el acreedor, el procedimiento de ejecución queda sin objeto (art. 570 LEC). Por tanto, hay que entender que el art. 531 sólo regula la suspensión automática de la ejecución en el caso en que contempla, y que esta norma no impide la vigencia de las reglas generales de aplicación tanto a la ejecución provisional como a la definitiva.

Una vez que se produce la consignación es conveniente ponerla a disposición del ejecutante las cantidades consignadas, que deberán cubrir el principal, los intereses y las costas que se hubieren producido hasta ese momento. En relación con las cantidades a liquidar es preciso tener en cuenta que la eficacia de los pronunciamientos sólo puede exigirse al deudor desde que se notifica el despacho de la ejecución provisional. Por tanto, sólo a partir de este momento corren de su cuenta las costas que se han de pagar al ejecutante. Si el importe consignado no fuera suficiente para cubrir todas las cantidades reclamadas la ejecución deberá continuar para hacer efectivas las cantidades restantes<sup>84</sup>.

## 3. La Oposición a la Ejecución Provisional

Frente al Auto que despacha la ejecución, el obligado podrá adoptar cualesquiera de las tres clásicas posturas frente a requerimientos jurisdiccionales de esta naturaleza; puede proceder al cumplimiento íntegro de la obligación, poniendo término a la ejecución (arts. 531 y 570 LEC); puede permanecer en una actitud pasiva en la que ni cumpla la obligación pero tampoco interponga reparos ni oposiciones, y puede, por último, oponerse a la ejecución despachada en su contra, mediante el empleo de los cauces e instrumentos legales dispuestos a tal fin en el art. 528 de la LEC.

83. Cfr. MONTERO AROCA, J., y otros "Derecho Jurisdiccional", *cit.*, t. 2, p. 546; MORENO CATENA, V., con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./GIMENO SENDRA, V., "Derecho Procesal Civil", *cit.*, p. 479; CÁMARA RUIZ, J., con ORTELL RAMOS, y otros, "Derecho Procesal Civil", *cit.*, p. 947; CABALLOL ANGELATS, L., "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, *cit.*, pp. 42-43; DAMIÁN MORENO, J., "Comentarios a los arts. 524 a 537 LEC", *Comentarios a la Nueva ley de Enjuiciamiento Civil*; LORCA NAVARRETE, J.M., (Director), *cit.*, p. 2.505; GARBERI LLOBREGAT, J. (Director), *Los Procesos Civiles*, *cit.*, p. 280; ARMENTA DEU, T., "La Ejecución Provisional", *cit.*, p. 104.

84. Cfr. CABALLOL ANGELATS, L., "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, *cit.*, pp. 43-45.

A diferencia de lo que ocurría en la Legislación anterior, la LEC actual ha previsto con todo detalle la oposición a la ejecución., tanto a la ejecución provisional (arts. 528-530 LEC), como a la definitiva (arts. 556-564 LEC). En esta nueva regulación se desplaza el centro de gravedad de la ejecución provisional del momento del despacho, al momento de la oposición a la misma, razón por la cual es en la oposición donde se evidencia el alcance de la nueva regulación y, también, donde se manifiestan sus limitaciones estructurales<sup>85</sup>. Por tanto, en la nueva regulación de la LEC, la oposición a la ejecución provisional adquiere una dimensión especial<sup>86</sup>.

Constituye, además, el único mecanismo de que dispone el ejecutado contra el Auto que acuerda el despacho de la ejecución provisional, y configura un sistema compensador frente a la anterior necesaria prestación de caución. Su inclusión se dirige a equilibrar la eliminación, en sede de ejecución provisional, de dos institutos procesales muy arraigados en la práctica: la prestación de caución para obtener el despacho de la ejecución provisional, y los recursos frente a la resolución sobre la misma que, en buena medida, operaban frecuentemente excluyendo las adopción o la eficacia de la medida<sup>87</sup>.

Una de las características que mejor define el modelo de ejecución provisional implantado en la LEC es que las causas de oposición se encuentran legalmente tasadas, lo que significa que el ejecutado sólo podrá fundar su oposición en los motivos legalmente previstos en el art. 528 LEC, lo cual es bastante razonable para garantizar, en la medida de lo posible, la inmediata ejecutabilidad de los pronunciamientos contenidos en la sentencia. Estas causas de oposición están concebidas, además, únicamente en función del resultado final; es decir, lo único que la Ley tiene

en cuenta son las consecuencias que, en su día, puede ocasionar una eventual revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente, teniendo en cuenta que la formulación de la oposición no suspende la ejecución provisional, que sigue adelante hasta tanto aquella se resuelva. Para ello, la Ley acude al criterio general de la irreversibilidad o no de la ejecución, ya sea en su integridad, ya afecte a actuaciones ejecutivas concretas, como sucede en las condenas dinerarias. Eso quiere decir que, supuesta la eficacia ejecutiva de la resolución, sólo prosperaría una causa de oposición cuando se acredite que existen motivos racionalmente suficientes para pensar que la situación resultante de la ejecución puede ser irreversible, por lo que, a pesar de lo previsto en el art. 525, hay algunas sentencias que aun cuando gocen de eficacia ejecutiva, no son susceptibles de ser ejecutadas provisionalmente, tal y como ocurre, por ejemplo, con las condenas consistentes en publicar la sentencia en un medio de comunicación (art. 707 LEC)<sup>88</sup>.

Junto al criterio de la irreversibilidad o no de la ejecución provisional, la ley introduce, de forma alternativa, también el criterio que tiene por objeto valorar si el ejecutante está o no en condiciones de hacer frente a los daños y perjuicios que se originarían en caso de revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente. Es decir, se centra el debate, como ha puesto de relieve la Doctrina<sup>89</sup>, sobre la solvencia del ejecutante, de modo que si el ejecutante no va a ser capaz de responder a su eventual obligación de responder de los daños y perjuicios, el juez no debería autorizar la ejecución provisional<sup>90</sup>.

Una última precisión inicial se refiere a que los artículos 528 a 530 de la LEC contienen la regulación de la oposición provisional, por motivos propios y específicos de ésta, acomodados a

85. Cfr. CABALLO ANGELATS, L., "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *cit.*, p. 45; ÍDEM, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIAÑO, F. (Coord.), *cit.*, p. 643; ÍDEM, "La Oposición a la Ejecución Provisional", *cit.*, p. 222.

86. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, F., con PÉREZ CRUZ MARTÍN, A., "Derecho Procesal Civil", Oviedo, 2001, p. 772.

87. ARMENTA DEU, T., "La Ejecución Provisional", *cit.*, p. 105.

88. DAMIÁN MORENO, J., "Comentarios a los arts. 524 a 537 LEC", *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*; LORCA NAVARRETE, J.M. (Director), *cit.*, pp. 2.508-2.509.

89. ÍDEM en *Ibidem*, p. 2.509. También CABALLO ANGELATS, L., "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", *cit.*, p. 228.

90. Entendemos que, en cualquier caso, éste sería uno de los supuestos que quedarían a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, como anteriormente se ha señalado al efecto. Otra cosa es la responsabilidad que cupiera reclamar del Estado-juez, en caso de error judicial y de funcionamiento anormal de la Admón. de Justicia y del Estado legislador. Las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 29 de febrero y 13 de Junio de 2000 y de 30 de enero de 2001, dejan sentado al respecto que *"el Poder legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos -leyes- quedan bajo el imperio de la norma suprema. En los casos en que la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el poder legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuricidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado legislador puede tener su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley"*. Sobre la posibilidad de que la ejecución provisional pueda causar un perjuicio efectivo a quien, tras el éxito del recurso no pueda recobrar lo que debió entregar de manera provisional, ni tampoco pueda ser indemnizado Vid., ampliamente; LACABA SÁNCHEZ, F., "Ejecuciones de Sentencias en la Nueva LEC: Hipotética Responsabilidad del Estado Legislador", *cit.*, pp. 7-10.

su fundamento y naturaleza. Pero, como además, la ejecución provisional es un verdadero proceso de ejecución, se tiende a la equiparación de ésta, en lo posible, con la ejecución definitiva (arts. 524.2 y 3 LEC). Por ello ha de entenderse que, además de esos motivos generales específicos de oposición al despacho de la ejecución provisional<sup>91</sup>, y los concretos específicos de la ejecución provisional (art. 528 LEC), el ejecutado puede impugnar la ejecución por los motivos generales, motivos que, en realidad, quedarán reducidos al pago o cumplimiento, pactos y transacciones tendentes a evitar la ejecución (art. 556.1 LEC) y a la denuncia de los defectos procesales que rigen el despacho de todo tipo de ejecución que enumera el art. 559<sup>92</sup>.

#### A) Concepto y Clases de Oposición a la Ejecución provisional

La oposición a la ejecución provisional es la actividad procesal de la parte ejecutada provisionalmente que tiene por objeto impugnar el despacho de la ejecución provisional, solicitar que ésta no continúe o que lo haga afectando al ejecutado de un modo distinto.

La ejecución toma como presupuesto el despacho de la ejecución provisional. Cuando no se procede al despacho de la ejecución no cabe acudir a ella. Si se deniega la ejecución provisional, el ejecutante deberá valerse de los recursos ordinarios, recurso de apelación. Contra el Auto que despache la ejecución no se dará recurso alguno, pero el ejecutado podrá oponerse conforme al art. 528 LEC (art. 527.4 LEC).

La oposición es, por tanto, una iniciativa de la parte ejecutada. Tras el despacho de la ejecución provisional no se contempla que el juzgador pueda revisar de oficio su procedencia. Así, si la parte no se opone la ejecución deberá continuar. Aunque parece claro que el Tribunal no podrá apreciar de oficio circunstancias que impidan continuar con la ejecución provisional, ello no debería ser obstáculo para actuar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho del despacho. Si se ha despachado la ejecución provisional de un pronunciamiento excluido de la misma no sería ilógico que, con base en el art. 240.2 LOPJ, se actuara de oficio a fin de declarar la nulidad.

La oposición se tramita como un incidente, sea cual sea el motivo de la impugnación y tanto si el extremo ha sido analizado por el juez al decidir su despacho, como si no. En este punto, la ejecución provisional incorpora el sistema previsto para la ejecución definitiva. Todos los argumentos de oposición a la misma, incluso los que se refieren al posible error del juzgador al apreciar requisitos formales, se hacen a través de un incidente. Por tanto, en la nueva LEC no cabe oponerse a la ejecución provisional por medio de los recursos ordinarios<sup>93</sup>.

En cuanto a las clases de ejecución provisional cabe distinguir la oposición al despacho de la ejecución provisional y la oposición a la continuación de la ejecución provisional.

#### a) La oposición al despacho de la ejecución

El ejecutado puede alegar, para evitar el despacho de la ejecución, que se han infringido las reglas que lo rigen. La regla primera del art. 528 estructura las causas específicas de oposición a la ejecución provisional sobre la base de establecer una causa común (la prevista en el apartado 2.1ª), que remite a lo establecido en el art. 527, que, de prosperar, producen el efecto de dejar sin efecto a la el proceso de ejecución, bien de forma definitiva (art. 528.2.1ª, en relación con el art. 530.1 LEC), bien provisionalmente (art. 528.2.2ª, en relación con el art. 530.2 LEC).

A través de este motivo cabe poner de manifiesto cualesquiera causas legales que afecten al despacho de la ejecución. Es decir, la falta de legitimación del ejecutante (art. 526 LEC); falta de legitimación del ejecutado, no ejecutabilidad provisional de la resolución recurrida en cualquiera de sus modalidades (art. 525 LEC), la inexistencia de la pendencia de un recurso contra la sentencia cuya ejecución provisional se ha despachado (art. 527 LEC), la falta de pronunciamientos de condena en la resolución cuya ejecución provisional se pretende (art. 527 LEC), la incompetencia del tribunal para despachar la ejecución provisional (art. 524.2 LEC), y la falta de la documentación requerida para solicitar la ejecución provisional (art. 527.2 LEC).

Aunque el art. 528 LEC dispone que *«la oposición a la ejecución provisional podrá fundamentarse en las siguientes causas...»*, como ya se ha

91. Falta de legitimación del ejecutante y falta de legitimación del ejecutado (art. 526), no ejecutabilidad provisional de la resolución recurrida en cualquiera de sus modalidades (art. 525), inexistencia de un recurso pendiente contra la resolución cuya ejecución provisional se ha despachado (art. 527), falta de pronunciamiento de condena en la resolución ejecutada provisionalmente (art. 527), incompetencia del tribunal para despachar la ejecución provisional (art. 524.2), o falta de la documentación requerida al solicitar la ejecución provisional (art. 527.2).

92. Carecer el ejecutado del carácter o la representación con que se le demanda; falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o la representación con que se le demanda; nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia pronunciamiento de condena.

93. Cfr. CABALLO ANGELATS, L., "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", *cit.*, pp. 223-224.

adelantado, cabe alegar también la infracción de cualquier norma de contenido procesal que rigen el despacho de todo tipo de ejecuciones (art. 559 LEC).

Esta oposición persigue obtener la declaración de nulidad del despacho de la ejecución provisional y la correlativa revocación de todas las actuaciones realizadas en atención al mismo (art. 530.1 LEC). Ahora bien, si se despachó la ejecución indebidamente, con infracción de una norma procesal, deberá concederse un plazo para que el ejecutante formule alegaciones (5 días, según el art. 559.2 LEC), y si se estima que el defecto es subsanable, concederá al ejecutante, mediante providencia, un plazo de 10 días para que subsane el defecto. En la hipótesis de que el defecto fuera insubsanable o no se hubiera procedido a su subsanación, se dictará auto dejando sin efecto la ejecución despachada e imponiendo las costas al ejecutante. Si, por el contrario, se despachó la ejecución en virtud de sentencia no provisionalmente ejecutable, la consecuencia será la paralización inmediata de toda actividad ejecutiva, la declaración de no haber lugar a que prosiga la ejecución y el alzamiento de todos los embargos y de toda medida de garantía que pudiera haberse adoptado<sup>94</sup>.

#### b) La oposición a la continuación de la ejecución provisional

Una vez despachada la ejecución provisional, el ejecutado también puede oponerse a la continuación de la misma. Esta oposición tiene como finalidad suspender la actividad de realización del pronunciamiento, o bien evitar, según los casos, que la actividad ejecutiva continúe en la forma en que lo está haciendo sin impedir que se intente la plena efectividad del pronunciamiento siguiendo otras vías alternativas.

En este ámbito, el ejecutado tiene el derecho de evidenciar ante el Tribunal, que atendidas las circunstancias del caso, si finalmente se revoca el pronunciamiento ejecutado se generará su indefensión. Ahora bien, aquí se está en el momento clave de la puesta en práctica de la ejecución provisional, pues es el momento de equilibrar los dos derechos en juego, por un lado que no se frustre el derecho del ejecutante reconocido en la sentencia y, por otro lado, no ser la causa de la indefensión del ejecutado, en caso de revocación de la sentencia<sup>95</sup>.

En este sentido ha de indicarse que la nueva LEC mejora la situación que a este respecto se generaba con la vigencia del antiguo art. 385, que expresaba el límite para conceder o no la ejecución provisional, en el concepto jurídico indeterminado de *perjuicio irreparable*. En la ley actual, probablemente intentando fijar de otro modo ese mismo límite, se ha optado por hacer un listado de situaciones que considera que deben evitarse, estableciendo, a su vez, un régimen jurídico distinto según se trate de condenas no dinerarias (art. 528.2.2ª LEC) o de condenas dinerarias (art. 528.3 LEC). Para las condenas no dinerarias, la nueva Ley cambia totalmente de óptica, en primer lugar, porque no es el juez el que a priori y ex officio realiza tal valoración del perjuicio, pues, como ya se indicó, ante la solicitud, no le es dado más que constatar la concurrencia de los presupuestos que la condicionan, de modo que es el ejecutado el que tiene que alegar la irreparabilidad del perjuicio precisamente en el tiempo y la forma exigidos para la oposición a la ejecución. En segundo lugar, se configura la oposición por este motivo con términos que diseñan un supuesto muy restrictivo: no se habla de perjuicio irreparable para el ejecutado, sino que éste ha de alegar y justificar que *«resulta imposible o de extrema dificultad»* restaurar la situación anterior o compensarlo económicamente mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que le causaren, si la sentencia provisionalmente ejecutada se revocare<sup>96</sup>.

Así, pues, esta oposición a la continuación de la ejecución es diferente según se trate de condenas dinerarias o no dinerarias. Propiamente dicha sólo se admite oposición a la continuación de la ejecución provisional, en el caso de sentencias a condenas no dinerarias, porque en el caso de condenas dinerarias, la oposición a la continuación de la ejecución sólo podrá hacerse a determinadas actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio.

#### a) Motivos de oposición de condenas no dinerarias.

Si se trata de condenas no dinerarias el motivo de oposición es que resulte imposible restaurar la situación anterior a la ejecución provisional en caso de revocación, que resulte extremadamente difícil restaurar la situación anterior a la ejecución provisional en caso de revocación, o que resulte imposible compensar económicamente al ejecutado mediante la

94. Cfr. CABALLO ANGELATS, L., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIAÑO, F. (Director), *cit.*, p. 614; ÍDEM, "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, *cit.*, pp. 46-47; ÍDEM, "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", *cit.*, p. 225; GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Director), *Los Procesos Cíviles*, *cit.*, pp. 291-292; ARMENTA DEU, T., "La Ejecución Provisional", *cit.*, pp. 107-110.

95. Cfr. CABALLO ANGELATS, L. "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", *cit.*, p. 226.

96. Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT J. (Director), *Los Procesos Cíviles*, *cit.*, p. 292.



indemnización de daños y perjuicios en caso de revocación (art. 528.2.2ª LEC).

b') Motivos de oposición de condenas dinerarias.

Si se trata de condenas dinerarias, el ejecutado no podrá oponerse a la ejecución provisional, sino únicamente a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando entienda que dichas actuaciones causarían una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios (art. 528.3 LEC).

Para seleccionar los motivos de oposición invocables se deberá estar al contenido real de la ejecución, más que al tipo de pronunciamiento considerado en abstracto. Así, cuando la ejecución de una condena no dineraria deba llevarse a cabo por equivalente o deba hacerse por un tercero a costa del ejecutado, los motivos de oposición deberán ser los previstos para la ejecución provisional de condenas dinerarias<sup>97</sup>.

Como puede observarse, la LEC hace depender la oposición del ejecutado en casos de condenas no dinerarias de la imposibilidad o extrema dificultad de restauración o compensación al ejecutado en caso de revocación de la sentencia. Determinar la concurrencia de este motivo sólo podrá hacerse a la luz de las circunstancias de cada caso concreto. Sin embargo, hay ciertas pautas en la propia Ley que deben ser tenidas en cuenta:

- 1º) Hay que hacer notar que esa imposibilidad o extrema dificultad de reparación o compensación es el único criterio que el legislador ha fijado para que el tribunal pueda estimar la oposición. Esta imposibilidad o extrema dificultad se determina con relación a la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, no atendiendo a la capacidad económica del ejecutante.
- 2º) Es el ejecutado el que tiene la carga de la alegación y de la prueba de este motivo.
- 3º) La imposibilidad de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional, si la sentencia es revocada, no es, por sí sola, causa que deba impedir esta ejecución, pues debe entonces estarse a la necesidad de compen-

sar económicamente al ejecutado, esto es, a que pueda existir una verdadera compensación que resarza efectivamente al ejecutado.

- 4º) Llegados a este punto, la verdadera causa se resuelve en la imposibilidad de compensar económicamente al ejecutado, es decir, no que no pueda obtenerse el dinero para esa compensación, sino en que la compensación no exista realmente y el dinero no sea medio útil para efectuarla. Se trataría de la imposibilidad de la reparación in natura, puesto que la reparación por sustitución o compensación económica no tiene porque resultar imposible o de extrema dificultad. Es decir, que la ejecución provisional, aparte del desplazamiento patrimonial traerá otras consecuencias en el patrimonio del ejecutado<sup>98</sup>.

Como señala RAMOS MÉNDEZ<sup>99</sup>, si se lleva a sus últimas consecuencias la ejecución provisional a ultranza, nos encontraremos que casi todas las conductas admiten cumplimiento sustitutivo. Pero no debe ser esa la filosofía de reponer una ejecución in natura a su estado anterior.

#### **B) La Oposición a la continuación de la ejecución provisional de condenas no dinerarias**

La LEC ha optado por establecer una única regulación para la oposición a la continuación de la ejecución provisional de las condenas no dinerarias, y ello a pesar de los pronunciamientos que pueden encontrarse en esta situación: condenas de hacer, de no hacer, de dar, de entregar cosa mueble, fungible, infungible etc. La nueva regulación supone que la ejecución provisional de este tipo de pronunciamientos se llevará a cabo en especie. Es por ello que, cuando se estima la oposición se establece que la ejecución deberá suspenderse. En este caso, las medidas adoptadas hasta ese momento permanecerán (art. 556.2 LEC) y conservarán su naturaleza. De todos modos, la suspensión no debería impedir que el ejecutante intentara realizar el pronunciamiento por equivalente o por un tercero a costa del ejecutado, si ello fuera posible<sup>100</sup>.

En todo caso, el art. 529.3 de la LEC faculta al ejecutante, en el supuesto de estimarse la causa de oposición, es decir, la alegación de la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación o de compensar económicamente,

97. Cfr. CABALLO ANGELATS, L. "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *cit.*, p. 48; ÍDEM, "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", *cit.*, p. 227-229.

98. Cfr. MONTERO AROCA, J., y otros, "Derecho Jurisdiccional", t. 2, *cit.*, p. 548; Díez Pícazo Jiménez, I., con DE LA OLIVA SANTOS, A./VEGAS TORRES, J., "Derecho Procesal Civil", t. 2, pp. 368-369; CÁMARA RUIZ, J., con ORTELLS RAMOS, M., y otros, "Derecho Procesal Civil", *cit.*, pp. 949-950.

99. "Guía para una Transición Ordenada a la LEC", Edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 530.

100. Cfr. CABALLO ANGELATS, L., "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, *cit.*, p. 49; ÍDEM, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIAÑO, F., (Coord.), *cit.*, pp. 615-616; ÍDEM, "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", *cit.*, p. 229.

para, además de discutir e impugnar lo alegado por el ejecutado de contrario, insistir en la ejecución provisional, ofreciendo caución para garantizar que se restaurará la situación o, de ser imposible, que se compensarán los daños y perjuicios causados.

Esta posibilidad de prestar caución fundada en el 529.3 LEC, tiene por finalidad esencial favorecer el cumplimiento específico de las condenas no dinerarias en el supuesto de que entienda que puede llegar a prosperar la causa alegada por el ejecutado. Eso no quiere decir que la ley esté trasladando al ejecutante la obligación de afianzar sino que se trata de un medio dispuesto a favor del ejecutante a fin de garantizar su derecho. A cambio, el ejecutante adquiere mediante esta contracautela el compromiso formal de indemnizar en caso de revocación<sup>101</sup>.

Esta caución tendrá virtualidad una vez se haya estimado la oposición con base en la imposibilidad de indemnizar, pero no en los supuestos restantes (art. 530.2 LEC)<sup>102</sup>, es decir, en que sea extremadamente difícil restaurar o imposible restaurar la situación anterior a la ejecución. Por ello, el supuesto bajo el que se configura esta causa de oposición es sumamente restrictivo, pues de ordinario, siempre será factible, supuesta la solvencia del ejecutante, evidenciada por la caución, la indemnización o compensación<sup>103</sup>.

### **C) La oposición a la continuación de la ejecución provisional de condenas dinerarias**

La primera cuestión a abordar es el concepto de condena dineraria. Por tal habrá que entender no sólo la sentencia que fija una cantidad líquida, sino también aquella en la que este resultado se obtenga de simples operaciones aritméticas (art. 219.2 LEC) y, también la cantidad que resulte de la rendición de cuentas (art. 720 LEC), por lo demás, único supuesto en que se admite la condena a reserva de liquidación<sup>104</sup>.

La oposición a la continuación de condenas dinerarias persigue una doble finalidad. De modo principal, sustituir los bienes afectados con la ejecución por otros cuya realización no rebase los límites estructurales de la ejecución provisio-

nal. Subsidiariamente, suspender la ejecución por considerar que de continuar excedería los referidos límites, a cambio de constituir una caución que garantice que se harán efectivos los daños y perjuicios causados con el retraso causado con la suspensión en caso de que el procedimiento sea confirmado definitivamente<sup>105</sup>.

Como se ha dicho, si la ejecución provisional se funda en sentencia de condena dineraria, y cumplidos los presupuestos de la ejecución provisional (art. 528.1.1ª), el ejecutado no puede oponerse a la continuación de la ejecución provisional, sino sólo a medidas ejecutivas concretas del procedimiento de apremio. Esta oposición está configurada de manera muy distinta a la de condenas no dinerarias y presenta tal número de dificultades que prácticamente se convierte en ilusoria. La particularidad es que realmente el ejecutado no puede oponerse a la ejecución en su conjunto, sino a determinadas medidas concretas, cuando entienda que dichas actuaciones son susceptibles de causar una situación absolutamente imposible de restaurar o 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 tanto si es procedente la ejecución provisional, sino hasta donde debe llegar la ejecución provisional, es decir, determinar el alcance de la misma. Las consecuencias procesales de la estimación de este motivo afectan sólo a la concreta actividad ejecutiva objeto de impugnación, por lo que la ejecución no se suspende, sino que continúa su curso con relación a los actos ejecutivos no impugnados<sup>106</sup>.

A este fin, se exige al ejecutado que junto a la alegación del motivo designe actuaciones alternativas concretas con las que proseguir la ejecución provisional del pronunciamiento, y además preste caución para responder de la demora en la ejecución, si las medidas alternativas no fuesen aceptadas por el Tribunal y el pronunciamiento de condena dineraria resultase posteriormente confirmado. Es claro que si el ejecutado en el escrito de oposición no ofrece medidas alternati-

101. Cfr. DAMIÁN MORENO J., "Comentarios a los arts. 524 a 537 LEC". *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*; LORCA NAVARRETE, J.M., (Director), *cit.*, p. 2.510.

102. El art. 530.2 establece: *"Si la oposición se hubiese formulado en caso de ejecución provisional de condena no dineraria, cuando el tribunal estimare que, de revocarse posteriormente la condena, sería imposible o extremadamente difícil restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o garantizar el resarcimiento mediante la caución que el solicitante se mostrase dispuesto a prestar, dictará auto dejando en suspenso la ejecución, pero subsistirán los embargos y las medidas de garantía adoptadas y se adoptarán las que procedieren, de conformidad con lo dispuesto en el art. 700"*.

103. Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Director), *Los Procesos Civiles*, *cit.*, p. 293.

104. Cfr. ÍDEM en *Ibidem*, p. 294.

105. Cfr. CABALLOL ANGELATS, L., "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", *cit.*, p. 230.

106. Cfr. DAMIÁN MORENO, J., *op. cit.*, p. 2.511.

vas ni ofrece caución suficiente, en ningún caso procederá la oposición a la ejecución y así se dispondrá de inmediato sin recurso alguno (art. 528.3, in fine, LEC).

Las medidas alternativas ofrecidas por el ejecutado han de ser igualmente útiles para el fin de la ejecución, es decir, posibles y que no provoquen situaciones similares a las que causaría la actuación o medida a que se opone.

Si se estima el motivo alegado, el juez decretará la sustitución de los elementos patrimoniales afectados de los ofrecidos como alternativa por el ejecutado, si considera que son de eficacia similar o equivalente. Para valorar la similitud ha de estarse al valor económico del bien y al resultado que cabe esperar obtener con su realización forzosa. Aceptada la alternativa ofrecida no será posible plantear de nuevo el incidente de oposición a la ejecución provisional en relación con el bien sustituto<sup>107</sup>.

Para el caso de que, estimada la oposición, las medidas alternativas no se consideren adecuadas, se exige al ejecutado que, al oponerse, ofrezca también caución, para asegurar la indemnización de los daños y perjuicios en caso de demora en la ejecución por la suspensión. Lo cual significa que, desestimada la alternativa ofrecida, la ejecución se suspenderá igualmente, siendo efectiva, a partir de ese momento, la caución prestada. Por tanto, la caución ha de ofrecerse para el caso de que el Tribunal no admita la alternativa. La caución sólo se podría entonces realizar si la medida alternativa no se acepta, si la sentencia es confirmada, y si se han producido efectivamente daños y perjuicios al ejecutado<sup>108</sup>.

Esta caución es de naturaleza resarcitoria y en modo alguno constituye una alternativa a las medidas propuestas<sup>109</sup>.

La caución sólo será exigible una vez se haya estimado el motivo de oposición, ya que si es desestimado la ejecución provisional deberá continuar en todo caso. La ley no prevé que el ejecutante pueda prestar una garantía, de forma análoga a lo previsto para la ejecución de condenas no dinerarias, que le permita continuar la ejecución provisional, aunque tal posibilidad debe considerarse admisible, cuando el motivo estimado sea que resulta imposible indemnizar.

Por último señalar, que el sistema de oposición, tal y como está previsto en el texto legal puede dar lugar a situaciones de indefensión. Si el ejecutado carece de medios le será difícil, bien ofrecer medidas alternativas, bien ofrecer una caución, lo cual impedirá que su alegación pueda ser tenida en cuenta (art. 528.3 LEC)<sup>110</sup>.

#### **D) La Caución y su relación con la Oposición a la Ejecución provisional.**

Como se ha indicado, en la actual regulación de la LEC no existe ab initio del procedimiento la prestación de fianza por parte del ejecutante, para obtener la ejecución provisional, que, por el contrario, en el antiguo sistema, su ofrecimiento, admisión y efectiva prestación, constituía presupuesto indiscutible para su despacho<sup>111</sup>.

En el actual sistema se excluye para el despacho de la ejecución pero se conservan, como hemos visto, en trámite de oposición dos supuestos de prestación de caución:

- Cuando tratándose de condena dineraria –contra la que, en términos generales, no cabe oposición–, el ejecutado se oponga a medidas ejecutivas concretas, debiendo alegar y acreditar la imposible o extrema dificultad señalada, ofrecer medidas alternativas y prestar caución para responder de los daños y perjuicios causados por la demora que sufra la ejecución, si las medidas alternativas no son aceptadas por el

107. Cfr. CABALLOL ANGELATS, L., "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *cit.*, p. 50; ÍDEM, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIAÑO, F. (Coord.), *cit.*, p. 616; ÍDEM, "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", *cit.*, p. 230.

108. Cfr. MORENO CATENA, V., "La Ejecución Provisional", AA.VV., *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Edit. Tecnos, Madrid, 2000, t. IV, p. 118; CABALLOL ANGELATS, L., "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", *cit.*, p. 231; GARBERI LLOBREGAT, J. (Director), *Los Procesos Civiles*, *cit.*, p. 295.

109. Cfr. DAMIÁN MORENO, J., *op. cit.*, p. 2.512.

110. Cfr. CABALLOL ANGELATS, L., "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", *cit.*, p. 232.

111. Excepción hecha del supuesto del juicio verbal del automóvil, cuya ausencia operaba fundamentalmente frente al asegurador, de ahí que la ejecución se limitara a la parte de la condena de la que debe responder aquél; además la cantidad se depositaba hasta la resolución del recurso de apelación, salvo que el propio apelado prestara fianza o aval bancario. En el supuesto de los alimentos provisionales, la propia naturaleza de la prestación y su urgencia determinaban la inconveniencia de sujetar a la prestación de caución la ejecución provisional, unido a que la revocación en segunda instancia sólo tiene efectos ex nunc, porque no hay obligación de devolver los alimentos percibidos. Tampoco se exigía caución en la ejecución provisional de los juicios interdictales (arts. 1659, 1669 y 1685 LEC 1881); en el juicio verbal regulador del derecho de rectificación (art. 8 L.O. 2/1984, de 26 de marzo); o en los procesos de filiación (D. Transitoria 10ª.2 Ley 11/1981 de 13 de mayo). Cfr. ARMENTA DEU, T., "La Ejecución Provisional", *cit.*, p. 115, nota 129.

Tribunal y el pronunciamiento de condena resultase posteriormente confirmado (art. 528.3.2 LEC).

- Cuando tratándose de condena no dineraria, y habiéndose opuesto el ejecutado y estimándose las causas alegadas, el ejecutante insista en la ejecución provisional y el juez entienda que cabrá restituir al ejecutado a la situación anterior o, en su defecto, compensarle económicamente, si la sentencia es revocada (art. 529.3 LEC).

De esta manera se invierte el planteamiento y finalidad de la caución que pasa de ser presupuesto de la medida, favoreciendo la posición del deudor, a presupuesto de la oposición para garantizar, en caso de revocación, la probable irreversibilidad de las situaciones provocadas por la ejecución provisional y la imposibilidad de una equitativa compensación económica.

Esta variación resulta coherente con la finalidad favorecedora de la efectividad plena de las resoluciones dictadas en primera instancia que postula el Texto legal en su Exposición de motivos, como también se ha mencionado.

En cuanto a la **suficiencia de la caución** vendrá determinada por la naturaleza de la pretensión que se pretenda garantizar en cada caso, sin que esto signifique que la finalidad a que responde resulte afectada por la clase de condena ejecutada. Este último extremo constituye una de las modificaciones efectuadas en el tránsito de Borrador a Anteproyecto <sup>112</sup>.

Permanece, sin embargo, una diferenciación entre condenas dinerarias según lo sean a cantidades líquidas o no, si bien no en cuanto a la cuantía y determinación de la caución, sino a los efectos suspensivos de la ejecución provisional, distinguiendo entre si los mismos derivan del hecho de prosperar la oposición en el caso de condena no dineraria (auto dictado por el juez si aprecia las circunstancias señaladas en el art. 530.2 LEC y se presta la caución) o similar supuesto en el caso de condena dineraria (auto suspendiendo la ejecución de la medida ejecutiva concreta, art. 530. 3 y 4 LEC).

En la regulación definitiva la diversidad de la condena opera respecto de aquello que la caución garantiza. En el supuesto de condena no dineraria, lo que costaría restaurar la situación

anterior a la ejecución provisional de la condena o la cuantía de los daños y perjuicios que se originarían de no ser posible la restauración (art. 529.3 LEC). En el supuesto de condena dineraria, la suficiencia deberá responder de los daños y perjuicios ocasionados por la demora en la ejecución provisional cuando se rechazan las medidas alternativas que el ejecutado ha propuesto al oponerse, caso de que la resolución se confirme.

En ambos casos ha de añadirse las costas que puedan ocasionar la ejecución de medidas alternativas y los actos necesarios para eliminar sus efectos en caso de revocación y los intereses devengados. Estos intereses serán los que correspondan por pacto o por ley. Sin embargo, no proceden el devengo de interés por mora del art. 576 LEC, como sucedería en el caso de ejecución definitiva.

El importe de la caución deberá fijarse por el ejecutado, quien ofrecerá la caución al oponerse en el caso de condena dineraria, y por el ejecutante, en el caso de condena no dineraria, si estimándose la oposición del ejecutado, insiste en la ejecución provisional, decidiendo el juez si son admitidas o no como suficientes, a modo de presupuesto de la oposición.

En cuanto a la **calidad de la caución**, el art. 529.3.2 LEC establece como podrá constituirse la caución, señalando que podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

Con esta medida de garantía se introducen eficaces instrumentos mercantiles. El aval solidario constituye una garantía que establece vínculos de solidaridad entre avalante y avalado, con duración indefinida y mínimo riesgo. Por su parte, las garantías a primera demanda o a primer requerimiento, aunque no están reguladas en nuestro ordenamiento, si lo están en el ámbito comercial internacional y su validez ha sido reconocida expresamente por la jurisprudencia <sup>113</sup>. Se trata de una clase de garantía de cumplimiento de una obligación (generalmente dineraria) solicitada por un cliente a un operador especializado (entidades de crédito) para garantizar en forma abstracta la obligación del cliente

112. En el Borrador se diferenciaba entre los dos tipos de condena: si la condena era dineraria, la caución era obligatoria, en tanto si no era dineraria quedaba al arbitrio del órgano jurisdiccional. Por otra parte, y en el seno de las condenas dinerarias, si la condena era al pago de cantidad líquida, el ofrecimiento de la caución debía ser de un 20% de la citada condena, en tanto, si era ilíquida, la cantidad ofrecida debía ser equivalente al interés económico del asunto. Arts. 532.3.1 y 2, y 532.4 del Borrador publicado por el Ministerio de Justicia en abril de 1997.

113. Reglas de la ICC sobre garantías a primera demanda de 1991 y Convención de Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de créditos contingentes (Nueva York, 1995). *Vid.*, sobre el particular, STS de 21 de Octubre de 1992.

frente a terceros. La entidad obligada por la garantía a primera demanda se compromete a no poner excepciones de fondo, debiendo cumplir, y, en su caso, repetir contra su cliente<sup>114</sup>.

Quienes otorgan esas garantías pueden ser entidades de crédito (Bancos, cajas, Cooperativas de Crédito etc.) o Sociedades de garantía recíproca. Este último caso, son entidades mercantiles especiales que tienen por objeto social el otorgamiento de garantías personales, por aval o cualquier otro medio admitido en derecho, distinto del seguro de caución, a favor de sus socios (empresarios), para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de las que sean titulares<sup>115</sup>.

Mediante estos instrumentos de garantía se pretenden evitar las disfunciones que en la práctica existían en la anterior regulación<sup>116</sup>.

Por último, la constitución de la caución no tiene plazos establecidos en la Ley, ya que al hablar de la caución, en todos los supuestos habla del momento de ofrecer caución, no de constituirla<sup>117</sup>.

#### **E) La Sustanciación de la Ejecución Provisional**

El procedimiento de Oposición a la ejecución provisional se caracteriza por establecer una única vía para invocar todos los motivos de oposición: el incidente de oposición, si bien, desde una perspectiva dinámica, el sistema de la LEC puede generar una pluralidad de incidentes dentro de una misma ejecución provisional, pues cuando el motivo alegado tenga que ver con la posibilidad de continuar la ejecución provisional, su alegación no tiene porqué producirse inmediatamente después de su despacho.

La LEC contiene una regulación parca en materia de procedimiento de la ejecución provisional, que no ofrece una exposición detallada

acerca de cómo ha de sustanciarse la oposición a la ejecución. Esta regulación debe ser completada con el contenido de los arts. 559 y 560 LEC en sede de ejecución definitiva.

Según el art. 529 de la LEC, el ejecutado que pretenda oponerse a la ejecución provisional, tiene que hacerlo por medio de escrito que habrá de presentar, en plazo de cinco días<sup>118</sup>, ante el Juzgado de primera instancia que ha despachado la ejecución provisional. El plazo se cuenta desde la notificación del despacho de la ejecución, no admitiéndose en ningún caso, oposición anticipada, es decir, antes de haber sido despachada (art. 528.1 LEC).

La legitimación para oponerse corresponde, sobre todo, al ejecutado, que es la persona contra la que se ha despachado ejecución (art. 538.1 LEC). En este sentido hay que tener en cuenta las previsiones contenidas en los arts. 538-544 LEC sobre quien o quienes pueden ser parte en la ejecución. Los terceros no pueden oponerse a la ejecución en su integridad, sino a concretas actividades que puedan perjudicarles, y ello por los medios que en cada caso resulten pertinentes. Estas son las personas a quienes se refiere el art. 529.2 LEC al aludir, además de al ejecutante y ejecutado, «a quienes se encuentren *personados en la ejecución*».

La postulación se rige por las normas generales referidas al proceso declarativo de que la ejecución provisional traiga causa (art. 539 en relación con los arts. 23 y 31 LEC).

El escrito de oposición deberá articularse en forma de Demanda Incidental, debiendo fundarse y acompañarse los documentos que acrediten los hechos alegados. La Ley no exige aportación de documentos, pero se entiende que al no existir trámite de prueba, la única oportunidad que tiene el ejecutado para justificar los argumentos en que base su oposición es, necesariamente, el momento de presentación de su escrito.

114. Vid., sobre este tema, SÁNCHEZ CALERO, F. (Coord.), AA.VV. *Las Garantías a Primer Requerimiento (Garantías a Primera Demanda)*, Madrid, 1996.

115. Vid. GÓMEZ CALERO, J., "Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca", Madrid, 1995; GÓMEZ PORRUA, J.M., "La Nueva Regulación de las Sociedades de Garantía Recíproca", *Derecho de los Negocios*, 80, 1997, pp. 1 y ss.

116. En la anterior regulación, art. 385, se admitía la fianza pignoratícia, hipotecaria, o aval cambiario, excluyéndose la fianza personal; incluso se podía utilizar como caución la que hubiera servido de garantía a una medida cautelar inicialmente solicitada y obtenida.

117. Para todo este apartado relativo a la fianza se ha seguido a ARMENTA DEU, T., "La Ejecución Provisional", *cit.*, pp. 113-123.

118. El Anteproyecto de la LEC, contenía inicialmente, un plazo de diez días, contados a partir del de la notificación de la resolución que acuerde el despacho de la ejecución (ALEC, art. 531.1). La Ley definitivamente, fija un plazo de cinco días para plantear el incidente de oposición. Este plazo está en disonancia con el previsto para la oposición a la ejecución definitiva, que es de 10 días. Esto pudiera suscitar alguna duda en el supuesto de que el ejecutado previera alegar algún motivo o argumento de oposición propio de la ejecución definitiva. Sin embargo, entendemos que el plazo será siempre de cinco días, por tratarse de un plazo específico para la ejecución provisional. El Anteproyecto de la LEC, contenía inicialmente, un plazo de diez días.

Sin perjuicio de la exposición de la concreta causa de oposición que se alegue, el escrito de oposición tiene unos contenidos mínimos y generales que habrán de hacerse constar, tales como la identificación de la parte que lo deduce y su procurador, la manifestación de oponerse al despacho la ejecución, o, en su caso, a la continuación de la ejecución, en su conjunto, o a una concreta actividad ejecutiva; la exposición de los hechos en que la oposición se funde, la identificación y relación de los documentos que aporte, los preceptos legales que amparen esa oposición y la súplica de que se deje sin efecto o se suspenda la ejecución, según los casos.

En la demanda de oposición a la continuación de la ejecución provisional de condenas no dinerarias habrá de indicarse el bien o actuación alternativa propuesta y /o, en su caso, la caución ofrecida. De no hacerse el citado ofrecimiento, se deberá desestimar la oposición (art. 528.3, último párrafo)<sup>119</sup>.

La admisión a trámite de la Demanda de oposición, en principio, no suspenderá el curso de la ejecución despachada. Es norma general que la ejecución sólo se suspende en «los casos en que la ley lo ordene de modo expreso», según determina el art. 565.1, aplicable también a la ejecución provisional. No obstante, pueden existir supuestos en que el daño que se trata de evitar sea irreparable si se consuma la actividad ejecutiva que se impugna. En estos casos, la aplicación del principio de proporcionalidad, que rehuye de actuaciones que conduzcan a la inutilidad puede llevar a una mínima suspensión, para decidir sobre la procedencia de la impugnación, previa la constitución de una caución exigida en el art. 528 al ejecutado.

Admitida la demanda de oposición, del escrito de oposición a la ejecución y de los documentos acompañados se dará traslado al ejecutado y a quienes estuvieren personados en la ejecución provisional, para que, manifiesten y acrediten, también en plazo de cinco días, lo que consideren conveniente<sup>120</sup>.

En este trámite de alegaciones es el momento en que tanto el ejecutado como el ejecutado o las partes personadas, deberán poner de manifiesto sus razones en los diferentes supuestos, que ya se han analizado al exponer los motivos

de oposición, tanto al despacho como a la continuación de la ejecución.

No se prevé posibilidad de celebrar vistas o practicar pruebas para resolver el incidente.

El art. 530 LEC determina los efectos de la **resolución** sobre la oposición a la ejecución provisional, distinguiendo, diversos supuestos en función de la causa que se acoja y el tipo de condena de que se trate. La decisión estimando o desestimando las causas de oposición tendrá forma de Auto.

a) Oposición basada en la **falta de algún presupuesto**.

En caso de apreciarse oposición basada en la infracción del art. 528.2.1 (oposición al despacho de la ejecución), se dictará Auto en el que se declarará no haber lugar a que prosiga dicha ejecución provisional, alzándose los embargos y trabas y las medidas de garantía que pudieran haberse adoptado (art. 530.1 LEC).

b) Oposición en el caso de condena dineraria.

Tratándose de condena dineraria, la resolución puede tener diversos contenidos:

- Estimarla fundada por considerar posibles y de eficacia similar las actuaciones o medidas alternativas ofrecidas por el ejecutado, en cuyo caso mandará que se adopte.
- Estimarla, pero apreciando que concurre en el caso una absoluta imposibilidad de restaurar la situación anterior a la ejecución o de compensar económicamente al ejecutado mediante ulterior resarcimiento de daños y perjuicios, si se revocara la condena; en este caso acordará que se preste la caución ofrecida si la estima suficiente.
- Desestimarla, ordenando que siga adelante la ejecución.

c) Oposición en el supuesto de condena no dineraria.

En este caso, la oposición puede originar, asimismo, tres resoluciones:

- Desestimar la causa continuando la ejecución.

119. Entiende CABALLOL ANGELATS, L., "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", *cit.*, p. 233, que en este supuesto, atendida la naturaleza de los defectos, la falta de efecto suspensivo de la admisión a trámite de la oposición, las graves consecuencias que pueden derivarse de la inadmisión de la oposición y el carácter subsanable de estos defectos, antes de proceder a la desestimación, el juzgador debería conceder un plazo para subsanar estas deficiencias.

120. Aquí también se produjo una reducción del plazo a la mitad, en relación con el que figuraba en el Anteproyecto de Ley. Además, el Borrador contemplaba la celebración de una comparecencia que debía celebrarse en los 15 días siguientes al traslado del escrito de oposición. En el tránsito al Anteproyecto desapareció esa referencia, que no se incorporó a la redacción definitiva.

- Estimar la causa alegada y además la caución ofrecida, lo que conducirá a determinar la cuantía de ésta y ordenar que continúe la ejecución.
- Estimar la causa, considerando, que de revocarse la condena, será imposible o extremadamente difícil restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o garantizar el resarcimiento mediante la caución ofrecida; lo que ocasionará dejar en suspenso la ejecución, subsistiendo, no obstante, los embargos y medidas de garantía adoptadas conforme al art. 700 LEC (art. 530.2 LEC), es decir, las medidas cautelares que pueden adoptarse para garantizar el pago de las eventuales indemnizaciones en las obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa distinta del dinero.

Contra el Auto que decida sobre la oposición a la ejecución provisional o medidas ejecutivas concretas no se dará recurso alguno (art. 530 LEC).

En este caso, la Ley otorga un trato distinto al que atribuye a la resolución del Incidente de oposición regulado en sede de ejecución definitiva, ya que para ese supuesto se prevé la posibilidad de apelar (art. 563.1 LEC). No así para la ejecución provisional. Sin embargo, desde la perspectiva del ejecutante, el auto que estima la procedencia del despacho de la ejecución provisional recibe un tratamiento diferente según el momento en que se dicte la resolución: si tal pronunciamiento se dicta ante la Demanda ejecutiva, cabe recurso de apelación (art. 527 LEC), pero si se dicta con motivo de la oposición del ejecutado es irrecurrible<sup>121</sup>.

#### 4. La Resolución del Recurso: Confirmación y Revocación de la Sentencia Ejecutada Provisionalmente

Como se ha indicado, las sentencias sometidas a ejecución provisional son únicamente aquellas frente a las cuales se haya ejercitado un medio de impugnación (sea el recurso de apelación frente a sentencias dictadas en la primera instancia; sea el de casación o el extraordinario por infracción procesal respecto de las dictadas en segunda instancia); medio de impugnación que,

al momento de ser instada por el ejecutante la ejecución provisional, esté pendiente de resolución. De esta manera, la suerte final de la ejecución provisional dependerá de cual sea el contenido de la resolución de este recurso.

Así, pues, la ejecución provisional es una ejecución condicionada, sometida a la conditio iuris de la confirmación o no revocación de la sentencia no firme que sirve de título a esta clase de ejecución. Por ello, cuando se produce la confirmación o la revocación de la sentencia, es decir, cuando desaparece o se cumple esa condición, se producen los peculiares efectos de esta nueva situación.

La LEC, bajo el Rótulo "De la revocación o confirmación de la Sentencia provisionalmente ejecutada", regula en la Sección 2ª del Capítulo I del Título II, en los arts. 532 a 534, los efectos que produce la resolución del recurso principal sobre el desarrollo de la ejecución provisional despachada. Los artículos en cuestión constituyen una novedad, pues es la primera vez que el Ordenamiento español regula estas cuestiones, que habían sido reclamadas insistentemente por la Doctrina al tratar de la antigua e insuficiente regulación del art. 385 LEC<sup>122</sup>.

Aunque están ubicados en sede de la ejecución provisional de la sentencia dictada en primera instancia, lo cierto es que estos preceptos tienen un alcance general. La propia LEC se remite a ellos para determinar los efectos de la sentencia dictada en un ulterior grado jurisdiccional (recurso de Casación o recurso extraordinario por Infracción Procesal) sobre la ejecución provisional de la sentencia dictada en segunda instancia.

En el texto legal se regulan por separado las consecuencias de la revocación o de la confirmación de los pronunciamientos ejecutados provisionalmente, al objeto de asignar uno u otro régimen jurídico de los previstos en la Ley; por ello se deben analizar por separado cada uno de los pronunciamientos contenidos en la resolución y no la resolución en su conjunto. Se distinguen los siguientes supuestos.

1º) *Confirmación o Revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada.*

121. Respecto de la sustanciación de la ejecución, Cfr. GARBERI LLOBREGAT, J., *Los Procesos Civiles*, cit., pp. 297-303; ARMENTA DEU, T., "La Ejecución Provisional", cit., pp. 123-130; CABALLO ANGELATS, L., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIAÑO, F. (Coord.), cit., pp. 647-651; ÍDEM, "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *Instituciones del Nuevo proceso Civil*; LORCA NAVARRETE, J.M. (Director), cit., p. 51-53; ÍDEM, "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", cit., pp. 232-235; GARBERI LLOBREGAT, J., "La Ejecución Provisional en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", cit., pp. 2320-2321.

122. PÉREZ GORDO, A., "La Ejecución provisional en el Proceso Civil", cit., p. 127; ORTELLS RAMOS, M., "Comentario al art. 385", *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, 1985, p. 297; Díez PICAZO JIMÉNEZ, I., "Contribución a la Interpretación del Régimen General de la Ejecución Provisional de Sentencias contenido en el art. 385 LEC", *Estudios sobre Derecho Procesal*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, t. II, p. 1.103.

En el caso de *confirmación*, regulado en el art. 532 LEC, los efectos son siempre los mismos: la ejecución inmediata se convierte en definitiva, sin necesidad de declaración especial al respecto.

Si la sentencia provisionalmente ejecutada es revocada, se distingue, a su vez.

- Caso de que se trate de ejecución dineraria (art. 533 LEC), los efectos son distintos según sea el contenido de la sentencia de segunda instancia, y según sea el estado en que se encuentre el proceso de ejecución, atendiendo al contenido de la sentencia de apelación, según sea total o parcialmente revocatoria de la de primera instancia. En el caso de revocación parcial, se ha de atender al estado del proceso de ejecución, distinguiendo los supuestos en que la sentencia de primer grado está totalmente ejecutada o parcialmente ejecutada, pues en el primer caso se producen íntegramente los efectos previstos en el art. 533.2 LEC, mientras que en el segundo, se produce la acomodación de la ejecución en curso a los pronunciamientos de la sentencia de segundo grado.
- Cuando se trata de ejecución de sentencia no dineraria, distingue el art. 534, según sea el contenido de la obligación impuesta en la sentencia provisionalmente ejecutada: de dar o de hacer. Ninguna mención se hace de las condenas de no hacer, pese a lo cual, se les ha de aplicar el mismo régimen jurídico.

2º) *Firmeza o no de la Sentencia de Segunda Instancia.*

Este criterio de clasificación atiende al carácter de la sentencia que revoca o confirma la provisionalmente ejecutada, y se ha de combinar con los criterios anteriores, pues, mientras la firmeza de la sentencia confirmatoria, convierte, sin más a la ejecución en definitiva, y la revocatoria produce también, los efectos que le son propios, si la sentencia de segunda instancia no es firme, tampoco pueden serlo los efectos que produce<sup>123</sup>.

A) *Confirmación de los pronunciamientos ejecutados provisionalmente*

El art. 532 regula el supuesto en que los pronunciamientos ejecutados provisionalmente son confirmados. Si la sentencia de segunda instancia confirma la de primer grado, que constituye el título del proceso de ejecución provisional,

desaparece la *condictio iuris* a que éste estaba sometido. Por eso, el efecto general es la eliminación de la expectativa creada por la condición, por lo que ningún obstáculo existe ya para que la ejecución siga adelante, si aún no ha finalizado, y salvo desistimiento expreso del ejecutante (art. 532.1 LEC). Si, además, la sentencia confirmatoria no es susceptible de recurso, o, aún siéndolo, no se recurre, la ejecución continuará como definitiva (art. 532.2 LEC). El supuesto de hecho de que parte el art. 532 es el de la confirmación íntegra o total de la sentencia de primera instancia, incluido el pronunciamiento atinente a las costas. Cualquier discrepancia o diferencia que exista convierte a la sentencia de segundo grado, a estos efectos, en parcialmente revocatoria<sup>124</sup>.

Sin embargo, si la sentencia fuese aún susceptible de recurso, la ejecución seguirá manteniendo el carácter de provisional, y continuará su curso aún cuando no hubiese terminado, salvo desistimiento expreso del ejecutante y, si como consecuencia del recurso interpuesto, la sentencia de segunda instancia contuviera algún pronunciamiento a favor del ejecutado, éste podría solicitar, al amparo del art. 535 LEC, la ejecución provisional de aquella con lo que en este caso coexistirían, si no media la compensación a que se refiere el art. 533 para el caso de revocación parcial, dos ejecuciones provisionales, cuya existencia quedaría condicionada a lo que resultara del recurso interpuesto<sup>125</sup>.

B) *Revocación de los pronunciamientos ejecutados provisionalmente*

La hipótesis de la revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente entraña una mayor problemática que, además pone de relieve la correcta gestión y regulación de la institución. De hecho la posibilidad en abstracto de que esa situación pueda producirse es la que se toma en consideración cuando se estudia la oposición a la continuación de la ejecución provisional.

La regulación sobre este particular es muy novedosa pero también muy fragmentaria, pues contempla únicamente el supuesto en que la revocación ha tenido lugar tras haber conseguido la realización en especie y a cargo del ejecutado del pronunciamiento. Por tanto, los preceptos no son directamente aplicables a los supuestos en que hay sido preciso acudir a la ejecución por equivalente sobre la esfera jurídica del ejecutado, ni cuando la ejecución aún no se ha completado, bien porque se haya suspendido o bien porque aún no se hayan podido realizar la totalidad de los actos ejecutivos<sup>126</sup>.

123. Cfr. GARBERI LLOBREGAT, J. (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., pp. 332-333.

124. Cfr., ÍDEM, en *Ibidem*, pp. 333-334.

125. Cfr. DAMIÁN MORENO, J., *op. cit.*, p. 2.515.



A fin de que el ejecutado no quede desprotegido por la actividad ejecutiva que se ha dirigido contra él, los arts. 533 y 534 LEC, regulan una serie de medidas que tienen por objeto garantizar a éste el derecho a ser reintegrado de los daños y perjuicios producidos como consecuencia de la revocación de la sentencia impugnada. También en estos casos, la Ley distingue los supuestos de condenas dinerarias de los de condena no dineraria. Sin embargo, hay un aspecto que la ley no contempla, que es el referido a los efectos que se originarían en los caos en que la restitución resultara finalmente imposible y se le han causado daños al ejecutado que no tiene porqué soportar, y de quien sería la responsabilidad. DAMIÁN MORENO<sup>127</sup> opina que aunque el legislador no se atreva a confesarlo, deberá ser el Estado el que venga obligado a compensar económicamente al ejecutado que hay sufrido un perjuicio como consecuencia de la aplicación del sistema legal de ejecución provisional<sup>128</sup>.

a) **Revocación de condenas al pago de una cantidad de dinero**

El art. 533 LEC determina el contenido de los efectos de la revocación de condenas dinerarias, distinguiendo, a su vez, si la revocación es total o parcial. En ambos casos, el ejecutante deberá restituir todas las cantidades indebidamente percibidas a tenor de la sentencia revocatoria. Pero, cuando se trate de revocación total, deberá, además, indemnizar los daños y perjuicios que la ejecución provisional hubiere provocado y las costas de la ejecución. En relación con la obligación de restituir las costas, en el caso de revocación total de sentencia de condena al pago de cantidad de dinero, no hay unanimidad en la Doctrina<sup>129</sup>.

Esta responsabilidad del ejecutante que surge de la revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada, necesita, para su actuación, de la instancia de la parte ejecutada, ya que se le confiere a éste un derecho que puede ser renunciado, o incluso, puede preferir el ejecutado, si la sentencia no es firme (porque se ha interpuesto contra ella un recurso extraordinario de casación o de infracción procesal), que se queden las cosas en el estado en que están, a resultas de la resolución ulterior del recurso contra la sentencia de segunda instancia.

Esa responsabilidad se hará efectiva en el mismo proceso por el procedimiento de apremio, en cuanto a las cantidades líquidas, u obteniendo previamente la liquidación de las cantidades ilíquidas, procedimientos que serán, el de tasación de costas para las costas de la ejecución, y el de liquidación de los arts. 712 y ss LEC para la indemnización de los correspondientes daños y perjuicios. En este procedimiento de apremio iniciado para obtener la restitución en caso de revocación, el inicialmente ejecutante pasa a ser ejecutado, por ello se le atribuyen los mismos derechos que se reconoce a éste en la ejecución provisional, y tratándose de condenas dinerarias sólo puede oponerse a actuaciones concretas del procedimiento de apremio, del art. 528.3 de la LEC (art. 533.3 LEC).

La Ley prevé únicamente la responsabilidad del ejecutante de devolver las cantidades percibidas (más costas y daños y perjuicios), pero no contempla la posibilidad de que en el apremio provisional se le hubieren adjudicado bienes del ejecutado. La hipótesis contemplada en el art. 533 es la de la percepción directa por el ejecutante de una determinada cantidad de dinero, no de un bien. Pero si se hubiera producido a favor del ejecutante la transmisión de un bien del ejecuta-

126. Cfr. CABALLO ANGELATS, L., "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *op. cit.*, p. 55; ÍDEM, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIANO, F. (Coord.), *cit.*, p. 653.

127. *Op. cit.*, p. 2.517.

128. Desde un punto de vista procesal, el afectado por una ejecución provisional debería presentar una instancia dirigida al Consejo de Ministros solicitando una indemnización por responsabilidad extracontractual del Estado Legislador, dentro del término de un año, contado a partir de la finalización del proceso civil por resolución definitiva (art. 142.5 LRJAPPAC y art. 4 del Real Decreto 429/1993, de 26 de Marzo) y, en caso de resolución desestimatoria de aquél, recurso Contencioso-administrativo en ejercicio de la acción por responsabilidad patrimonial derivada del acto del legislador (arts. 139. 2º, 141.1 y 141.3 LRJAPPAC) ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, acción que pueden utilizar directamente, ya que como ha dicho el propio Tribunal Supremo en sentencia de la Sala 3ª, Sección 6ª, de 2 de Marzo de 2001-*no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto*-. Cfr. LACABA SÁNCHEZ, F., *op. cit.*, pp. 9-10.

129. CABALLO ANGELATS, L., "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *cit.*, p. 56, opina que no parece acertado que en caso de revocación total de la sentencia el ejecutante deba restituir el importe de las costas causadas, puesto que el ejecutado es el único responsable del devengo de las costas, ya que, despachada la ejecución, puede obviar el proceso cumpliendo la obligación voluntariamente, sin que la circunstancia de la revocación posterior de la sentencia le libere de esta obligación. En el mismo sentido VÁZQUEZ SOTELO, J.L. "Ejecución Provisional y Medidas Cautelares", *El Proceso Civil y su Reforma*, *cit.*, p. 491. Por su parte Díez-Picazo Jiménez, I., con DE LA OLIVA SANTOS, A./VEGAS TORRES, J., "Derecho Procesal Civil", *cit.*, p. 375, estima que el ejecutante no sólo debe reintegrar las costas que le hubiesen sido satisfechas, sino también abonar las costas del propio ejecutado, causadas por la ejecución provisional.

do, la solución debería ser la establecida, a modo de principio general, por el art. 1.123 del C. Civil, que es la restitución de «lo percibido», que es en este caso la mas justa modalidad de restitución, a la que habrá de añadirse los frutos, en su caso, y los demás daños y perjuicios a que hubiere lugar. Sin embargo, frente a terceros, la solución es clara, ya que la adquisición por éstos de bienes como consecuencia del apremio provisional es firme, definitiva e irrevocable, por obedecer a una actividad procesal lícita y válida. Es decir, a los terceros no les afecta la *condictio iuris* a que estaba sometida la ejecución provisional, ni se les puede oponer ésta (arts. 1.123 y 1.124, último párrafo del C. Civil); incluso en el supuesto de mala fe en la adquisición del tercero ésta debe ser planteada en el correspondiente juicio declarativo y no en sede de ejecución provisional como efectos de la revocación<sup>130</sup>.

En el caso de **revocación parcial**, se procederá sólo a compensar las cantidades objeto de condena, devolviéndosele al ejecutado la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la revocación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia el tipo de interés legal del dinero, sin que puedan reclamarse ni costas ni daños y perjuicios. Esto en el supuesto de que la sentencia esté totalmente ejecutada. Si, por el contrario, la ejecución provisional todavía está en marcha, al momento de revocarse la sentencia, el efecto no puede ser otro que acomodar la cantidad por la que se ejecuta, a la que resulte de la sentencia de segunda instancia, y determinar, en su caso, si ya se ha cubierto o no la nueva cantidad a que se ciñe la ejecución, devolviendo el exceso, en todo caso.

Si la sentencia revocatoria queda afectada por la interposición de recurso extraordinario (de casación o de infracción procesal), los efectos de aquella sentencia se producen en la ejecución de la sentencia de primera instancia. Pero, así, como cuando esta es firme los efectos de la revocación se consolidan de modo definitivo, si no lo es, los efectos quedan también supeditados a la posible revocación de la sentencia de segundo grado.

Sin embargo, a diferencia de la anterior LEC, en que se optaba en estos supuestos por la suspensión de la ejecución, los efectos de la sentencia revocatoria se producen, aunque necesitan la previa instancia de parte.

#### b) **Revocación de sentencias de condena no dineraria**

En el supuesto de revocación de condenas no dinerarias, el efecto principal es la *restitutio in*

*integrum*, es decir, la reposición de las cosas al estado en que estaban al tiempo de despacharse la ejecución provisional.

El art. 534 LEC regula el contenido de la revocación de la ejecución provisional de las condenas no dinerarias, según se trate de condenas a entregar un bien determinado o de condenas de hacer, cuando éste hubiese sido ya realizado. En uno y otro caso, además de la restitución se prevé la indemnización de los daños y perjuicios causados al ejecutado. No hace ninguna mención a cuando el pronunciamiento consiste en una condena de no hacer o de una condena a entregar una cantidad de bienes fungibles, sin embargo ha de entenderse que, la no mención de estos supuestos obedece a un olvido del legislador.

– **Revocación de condena a entregar una cosa determinada.** Este es el primer supuesto que contempla el art. 534, el de condena a entregar un bien determinado que, se supone, ha sido entregado al ejecutante como consecuencia de la ejecución provisional. En este caso, el ejecutante viene obligado a la devolución del bien, y además, con sus frutos y rentas o productos, compensándole, en su caso, por el valor pecuniario de la utilización del bien (art. 534.1 LEC). La devolución del bien se hace «*en el concepto en que lo hubiere tenido*» el ejecutado, lo que denota que la ejecución provisional no transmuta el título civil por el que poseía el ejecutado. Si la devolución es imposible (de hecho o de derecho, es decir, por causas físicas o jurídicas), se ha de compensar al ejecutado, a instancia suya, de los daños y perjuicios, que incluyen el valor del bien y los perjuicios que se deriven por su falta de utilización.

– **Revocación de condena a hacer.** Si se revoca una resolución que contiene una condena a hacer y éste hubiese sido realizado, se podrá pedir que se deshaga lo hecho y que se indemnicen los daños y perjuicios causados. En este caso la casuística que puede presentarse es muy variada. El apartado 2 del art. 534 sólo contempla el supuesto en que es el ejecutado quien ha realizado el pronunciamiento y las consecuencias de ese hacer se han materializado en su propia esfera jurídica. Por tanto, el precepto no es adecuado para los supuestos en que la condena ha tenido que hacerse efectiva por un tercero a costa del ejecutado, ni tampoco para los supuestos en que el resultado de ese hacer se ha concretado en la esfera jurídica del ejecutante.

El art. 534 establece de forma alternativa la posibilidad de conseguir la restitución o de pedir una indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo no determina cuando es procedente

130. Cfr. GARBERI LLOBREGAT, J., (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., págs. 337-338.

una solución y cuando la otra. La elección, en principio, corresponde al ejecutado provisionalmente. En consecuencia, la opción de proceder a la revocación por equivalente no tiene carácter subsidiario.

– En los casos de revocación de condena a **entregar cosa genérica**, aunque la ley no lo regula expresamente, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos la ejecución de este tipo de condenas se salda con la adquisición de las cosas debidas con cargo al ejecutado, su revocación consistirá en la devolución del valor económico de dichos bienes, habiéndose de aplicar, por tanto, las reglas de revocación de condenas dinerarias.

– En los casos de revocación de condenas de **no hacer**, que tampoco contempla la ley, dada la imposibilidad de evaluar económicamente el no hacer incumplido por el ejecutado, la revocación consistirá en la indemnización de los daños y perjuicios causados. También puede consistir en la posibilidad de que el ejecutado realice, en adelante, lícitamente el acto que tuviera prohibido, como consecuencia de la sentencia revocada, y, en todo caso, la indemnización de perjuicios.

El cauce procesal a través del cual se hará la revocación es el que corresponde a la sentencia revocatoria. Si es firme, los trámites serán los propios de la ejecución definitiva; pero, si la sentencia revocatoria fuese susceptible de un ulterior recurso, la restitución de la cosa, la destrucción de lo mal hecho o la exacción de los daños y perjuicios, se llevará a efecto mediante los mismos trámites y ante el mismo órgano que ha sustanciado la ejecución provisional. Al igual que en el caso de condenas dinerarias, el obligado a restituir, a deshacer o a indemnizar podrá oponerse a la ejecución haciendo uso de las causas previs-

ta en el art. 528 de la LEC<sup>131</sup>.

##### 5. La Ejecución Provisional de las Sentencias dictadas en Segunda Instancia

La posibilidad de ejecutar sentencias dictadas en segunda instancia, es decir, de resoluciones que ya han obtenido dos pronunciamientos judiciales, fue, como ya se expuso, la primera regulación que hubo en el ordenamiento español en materia de ejecución provisional, en la Ley de Enjuiciamiento de 1855, si bien relacionada sólo con el recurso de Casación y siempre que las sentencias de primera y segunda instancia fueran conformes, si bien ello no ha supuesto que tuviera en las legislaciones anteriores una configuración legal mas favorable<sup>132</sup>.

La normativa de la ejecución provisional de las resoluciones de segunda instancia constituye uno de los extremos que fue objeto de mayores modificaciones en el iter de creación de la Ley, desde el Borrador hasta el Texto definitivo<sup>133</sup>.

La actual LEC dedica el Capítulo III del Título II, Libro III, arts. 535 a 537, a la ejecución provisional de las sentencias dictadas en segunda instancia. Es decir, a la ejecución de sentencias sobre las que pende la resolución de un recurso extraordinario de casación (arts. 477 y ss. LEC) o por infracción procesal (arts. 468 y ss. LEC).

Así, en la Ley de Enjuiciamiento Civil actual, se concibe la ejecución provisional como una institución única, ya que la regula en términos prácticamente idénticos para las sentencia de primera instancia como para las de segunda instancia. De tal manera que, cuando los preceptos de este apartado no reproducen lo dispuesto para la ejecución provisional, se limitan a remitir la tramitación de la ejecución al Capítulo II del mismo Título y Libro<sup>134</sup>. Por tanto, el régimen

131. Con relación a la Revocación de la Sentencia provisionalmente ejecutada, Cfr., CABALLO ANGELATS, L., "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *cit.*, pp. 55-59; ÍDEM, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*; GÓMEZ DE LIAÑO, F. (Coord.), *cit.*, pp. 655-656; GARBERI LLOBREGAT, J. (Director), *Los Procesos Civiles*, *cit.*, pp. 335-342; ARMENTA DEU, T., "La Ejecución Provisional", *cit.*, pp. 132-136; ARROYO GARCIA, S., "La Ejecución Provisional", *Comentarios Prácticos a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*; CABAÑAS GARCÍA, J.C. (Coord.), *cit.*, pp. 508-511; DAMIÁN MORENO, J., *op. cit.*, pp. 2.517-2.518; DíEZ PICAZO JIMÉNEZ, I., con DE LA OLIVA SANTOS, A./VEGAS TORRES, J., "Derecho Procesal Civil", *cit.*, pp. 375-377; GARBERI LLOBREGAT, J., "La Ejecución Provisional en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *cit.*, pp. 2.322-2.324.

132. Cfr., en este sentido, ORTELLS RAMOS, M., "Para la Reforma de la Ejecución Provisional en el Proceso Civil", *cit.*, p. 285.

133. En efecto, el texto del Borrador era mucho mas extenso que el definitivo, y regulaba diferentes aspectos amparándose en la diversidad de situaciones que amparaban la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia y las de segunda instancia, y, entre otros motivos, porque la ejecución de la sentencias de segunda instancia venía avalada por dos resoluciones de contenido favorable. A tal argumento se opuso parte de la Doctrina por entender, en primer lugar, que la coincidencia en el fallo no operaba con carácter general; y, en segundo lugar, porque dada la nueva orientación de la medida, no hacia falta recurrir a este argumento, ya que la ejecución provisional se daba con independencia del número de resoluciones que le sirvieran de fundamento. Cfr., en este sentido MUERZA ESPARZA J. "Consideraciones sobre la Ejecución Provisional en el Borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de LEC*, *cit.*, pp. 532-534.

134. Ello a diferencia de lo que en la derogada LEC en que algunos concretos aspectos del régimen de la ejecución provisional eran distintos según ésta tuviera lugar pendiente la apelación (antiguo art. 385 LEC) o la Casación (antiguos arts. 1722 y 1723 LEC).

jurídico de la Ejecución provisional de las sentencias en segunda instancia es sustancialmente idéntico al de las sentencias de primera instancia.

Bajo uno u otro nombre, en la LEC, la ejecución provisional es el cauce procesal para conseguir la efectividad forzosa de las sentencias dictadas en segunda instancia impugnadas, sea cual sea el tipo de recurso interpuesto en su contra (casación o extraordinario por infracción procesal), e independientemente también de que, con anterioridad, se haya despachado o no la ejecución provisional, y de que la resolución cuya efectividad se insta confirme o revoque lo ejecutado provisionalmente con anterioridad<sup>135</sup>.

Por tanto, la hipótesis de que parte el art. 535 LEC cubre todos aquellos supuestos en que no se pudo o no se quiso obtener la ejecución provisional en primera instancia, y, ampara los siguientes supuestos: 1º) sentencia de primera instancia absolutoria, que es sustituida por la de segunda instancia condenatoria, en cuyo, caso, lógicamente, no se pudo plantear la ejecución provisional de la de primera instancia por no contener ningún pronunciamiento de condena; 2º) sentencia de primera instancia condenatoria, confirmada en todo o en parte, por la de apelación, cuya ejecución no se había solicitado u obtenido, 3º) sentencia de segunda instancia que acoge, en caso de acumulación de acciones, alguna de las que la de primer grado había desestimado, en cuyo caso, el actor puede ampliar su ejecución provisional a la nueva pretensión acogida; 4º) sentencia de segunda instancia que otorga al ejecutado la condición de posible ejecutante: son los supuestos de pluralidad de objetos, propios del proceso en que se ha planteado reconvencción, en este caso si se ha desestimado por la primera instancia, si es acogida por la segunda, el reconviniente puede obtener la ejecución provisional. En todos estos casos se puede solicitar y obtener la ejecución de la sentencia no firme de apelación<sup>136</sup>.

Lo único que se regula en este capítulo, arts. 535 a 537 son algunas especialidades relacionadas con la solicitud de despacho de la ejecución provisional.

Así, la solicitud de ejecución provisional deberá presentarse ante el juez que haya conocido del proceso en primera instancia. De ese modo todas las incidencias relacionadas con la efectividad de las resoluciones quedan centralizadas en un solo órgano competente (art. 535.2, párrafo segundo).

Los sujetos legitimados para instar la ejecución provisional serán quienes hayn obtenido un pronunciamiento a su favor, sea total o parcial, no condicionándose la legitimación a la posición que las partes ocupan en el recurso, sino a la existencia del pronunciamiento a favor de quien insta la ejecución provisional.

La efectividad provisional de la sentencia deberá instarse mediante la correspondiente demanda ejecutiva. Con la demanda deberán adjuntarse la sentencia cuya eficacia se solicita y el testimonio de todo cuanto sea preciso para determinar los efectos que la resolución debe desplegar; certificación y testimonio que deberán obtenerse del tribunal que haya dictado la sentencia de apelación, o, en su caso, del órgano competente para conocer del recurso que se haya interpuesto contra ésta (art. 535.2, segundo párrafo). En el supuesto de que éstos datos ya consten ante el Tribunal competente no será preciso aportarlos de nuevo.

En cuanto al tiempo para presentar la solicitud, el *dies a quo* de la solicitud que se establece es «en cualquier momento desde la notificación de la resolución que tenga por preparado el recurso extraordinario por infracción procesal (art. 470.2 LEC) o del recurso de casación (art. 479.1 LEC). El final se dilatará hasta el inicio del plazo para dictar sentencia en el recurso por infracción procesal (art. 476.1 LEC) o en el de casación (art. 487.1 LEC).

Por efectos de la remisión general del art. 535.1 LEC, la resolución sobre la solicitud de la ejecución provisional deberá adoptar la forma de Auto. Si se deniega la ejecución provisional cabrá recurso de reposición. No deja de tratarse de un acto de ejecución, y no se prevé, expresamente, recurso de apelación (art. 562.1.1º LEC). Si se concede la ejecución provisional, el Auto es irrecurrible, sin perjuicio, de la oposición del ejecutado. Precisamente, a propósito de la ejecución, aunque podía haberse ntendido comprendida en la remisión general del art. 535.1 LEC, el propio precepto en su nº 3 hace una referencia específica, estableciendo que la oposición a la ejecución provisional y a medidas ejecutivas concretas, en segunda instancia, se regirá por los arts. 528 a 531 de la LEC. La tramitación de la oposición es exactamente igual a la de la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia.

Los efectos de la resolución del recurso principal sobre la ejecución provisional de la sentencia de segunda instancia están informados por

135. Cfr. CABALLOL ANGELATS, L., "la Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", cit., p. 59; ÍDEM, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*, cit., p. 656.

136. Cfr. GARBERI LLOBREGAT, J. (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., p. 352.

los mismos criterios que los fijados para la resolución del recurso de apelación. Los arts. 536 y 537 distinguen los efectos de la resolución del recurso principal sobre la ejecución provisional

en curso, según este tenga un alcance confirmatorio o revocatorio, refiriéndose, por lo demás, el art. 536 LEC sólo al supuesto de confirmación total de la sentencia impugnada <sup>137</sup>.

---

137. Cfr. GARBERI LLOBREGAT, J., (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., pp. 351-353; CABALLOL ANGELATS L. "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", cit., pp. 59-61; ÍDEM, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*, cit., pp. 656-658; ARMENTA DEU, T., "La Ejecución Provisional", cit., pp. 139-143.

