

**EVOLUCIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL
EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL**
Isabel Hernández Gómez
Profesora de Derecho Procesal de la ULPGC

SUMARIO:	<ol style="list-style-type: none">I. INTRODUCCIÓN.II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.<ol style="list-style-type: none">1) ANTECEDENTES ANTIGUOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.<ul style="list-style-type: none">• EL DERECHO ROMANO.• LA GLOSA, EL DERECHO CANÓNICO Y EL DERECHO CASTELLANO.2) ANTECEDENTES CERCANOS E INMEDIATOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL: LA L. E. CIVIL DE 1855.3) LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN LA LEC. DE 1881.III. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN LA VIGENTE LEC 1/2000.<ol style="list-style-type: none">1) CARACTERÍSTICAS GENERALES.2) CONCEPTO Y CLASES DE EJECUCIÓN PROVISIONAL.3) PRESUPUESTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.4) EL PROCEDIMIENTO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.
-----------------	--

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 proceso¹.

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 un valioso instrumento al servicio de las partes, al igual que la llamada Tutela Anticipatoria, capaz de permitir un avance en la tarea jurisdiccional de manera rápida y efectiva².

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 constitucional³, que en el ordenamiento jurídico español se recoge en el artículo 24.1 de la Constitución, y que

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

2 Cfr. DE CAMPOS MENDES PEREIRA C.A. "Evolução Processual Civil, Efetividade e a Tutela Antecipatória", *Revista Unifão*, nº 3, Año II, Junio 2000, pág. 55-68.

3 Cfr. FAIREN GUILLÉN V. "La Acción, Derecho Procesal y Derecho Político", en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955., pág. 75. IDEM, "Temas del Ordenamiento Procesal", Edit. Tecnos, Madrid, 1969, pág. 306. GIMENO SENDRAV. "Fundamentos de Derecho Procesal", edit. Civitas, Madrid, 198, págs. 130-131.

como tal derecho fundamental, de ser lesionado, puede ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁴.

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 mismo⁵. 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 respecto⁶.

-
- 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", cit., pág. 162, y CABALLOL 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, Tomo 3, págs. 2107-2115.
 - 6 Entre los más destacados en el Derecho positivo español anterior a la L.E. C. 1/2000, Vid. PEREZ GORDO A. "La Ejecución Provisional ante la Reforma y Actualización de la L.E.C.", Revista Jurídica de Cataluña, 1971. IDEM, "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", Edit. Bosch, Barcelona, 1973. IDEM, "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, págs. 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, nº 3, pág. 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, nº 6-7, págs. 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, nº 2, 1987, págs. 204 y ss. MOZO MUELAS R. "Razones que hacen desaconsejable e ineficaz la Ejecución Provisional de las Sentencias", La Ley, 1989, T. 4, págs. 961-962. GONZALEZ SALINAS P. "La Ejecución Provisional de las Sentencias Apeladas", REDA, nº 65, Enero-Mayo, 1990, págs. 145-148. ESPINOZA LOZANO J. "Especial Consideración de la Ejecución Provisional de las Sentencias", Problemas Procesales en Derecho de Familia, Edit. Bosch, Barcelona, 1991, págs. 190 y ss. ORTELLS RAMOS M. "Para la Reforma de la Ejecución Provisional en el Proceso Civil", Justicia, nº II, 1991, págs. 279 y ss. VALLS GOMBÁU, "La Ejecución Provisional", Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de Sentencias Civiles, Madrid, 1992, págs. 71-121. GARCIA PEREZ, "Problemas prácticos derivados de la Ejecución Provisional de Autos y Sentencias objeto de recurso de apelación. (Art. 385 de la LEC)", RGD, 1993, nº 589-590, págs. 9663-9683. CABALLOL ANGELATS L. "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", J.Mª Bosch Editor, Barcelona, 1993. IDEM, "La Ejecución Provisional en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", Presente y Futuro del Proceso Civil, Edit. Bosch, Barcelona, 1999. IDEM, "La Ejecución Provisional", El Proceso Civil y su Reforma, Edit. ICSE, Editorial Colex, Madrid, 1998, págs. 475-486. VAZQUEZ SOTELO J.L. "Ejecución Provisional y Medidas Cautelares", *Ibidem*, págs. 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, págs. 1641-1648. DIAZ MARTÍN F.R. "La Ejecución Provisional de resoluciones judiciales en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", Revista Jurídica La Ley, 1999, T. 3, págs. 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,

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 civil⁷.

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 extrajudiciales; 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 forzosa⁸.

Así, por lo que respecta a la Ejecución forzosa en general, como expresamente se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, presenta un regulación unitaria, clara y completa⁹, sin distinguir *prima facie*, entre la ejecución de títulos judiciales y extrajudiciales, lo que no quiere decir que sean idénticas, sobre todo en

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, págs. 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, págs. 21-63. IDEM, "Comentarios a los artículos 524 a 537 de la L.E.C.", *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*, GOMEZ DE LIAÑO (Coord.), Edit. Forum, Oviedo, 2000, págs. 630-658. IDEM, "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", *Revista Jurídica de Catalunya*, 2001, n° 4, págs. 221-235. GARBERI LLOBREGAT J. "La Ejecución Provisional en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Aranzadi Civil*, Tomo X, Vol. III, 2001, págs. 2305-2324. MAGRO SERVET V. "La Ejecución Provisional de las Condenas No Dinerarias", *Revista Jurídica La Ley*, 2001, Tomo 2, págs. 1801-1807. REVILLA F. "Sobre la Devolución de la Fianza Prestada para la Ejecución Provisional de Sentencia", *Ibídem*, Tomo 3, 2001, págs. 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 Cfr. JIMENO BULNES M. "Aspectos Generales de la Ejecución Forzosa: Aportaciones del nuevo Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista Jurídica La Ley*, 1999, tomo 1, Págs. 1737-1746. GARBERÍ LLOBREGAT J. (Director) *Los Procesos Civiles*, Edit. Bosch, 2001, vol. 4, págs. 6-7. LACABA SÁNCHEZ F. "Ejecuciones de Sentencias en la Nueva LEC: Hipotética Responsabilidad del Estado Legislador", *Revista La Ley*, n° 5510 y 5511, Marzo de 2002, págs. 1-8 y 1-10, respectivamente.

9 Vid. Exposición de Motivos. Motivo n° XVII de la Ley 1/2000 de 7 de Enero.

cuánto 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 ejecutiva 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, que han sido 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 ejecución¹⁰.

Por lo que respecta a la Ejecución provisional, no se regulaba de forma general en la LEC de 1881, 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 Doctrina¹¹.

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 cuánto 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

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

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

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 provisionalmente¹². 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 reparación¹³.

De ahí que uno de los ámbitos en los que la nueva Ley ha incidido especialmente es en la regulación de la ejecución provisional, que, como se ha puesto de relieve y 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 instancia¹⁴.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

1. Antecedentes antiguos de la Ejecución Provisional: El Derecho Romano, el Derecho Canónico y el Derecho castellano

El proceso, en sus rasgos más generales, es una institución milenaria. Sin embargo, no conocemos el Derecho de los pueblos ibéricos primitivos, ni tampoco las concretas características de la aplicación del Derecho romano clásico en las provincias de la España romana. Sin embargo, existen testimonios claros de las prácticas jurídicas de los visigodos, basadas en un Derecho mucho más rudimentario que el romano (de carácter formalista) y predominantemente de carácter consuetudinario.

La fusión de las prácticas visigóticas con las formas jurídicas romanas y con otros elementos venidos del Derecho canónico, originan, ya en el siglo VII, en el *Liber Iudiciorum* o *Fuero Juzgo*, que es la primera obra legislativa española de naturaleza procesal. La invasión árabe, origina un paréntesis de ocho siglos, produciéndose una regresión importante hacia las arcaicas formas del derecho germánico, quedando olvidado el *Fuero Juzgo*.

12 Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT y otros, *Los Procesos Civiles*, cit., págs. 252-253. LACABA SANCHEZ F., óp. cit., pág.2.

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

14 Vid. El Texto de la citada Ley en el B.O.E. nº 7, de 8 de Enero de 2000. Respecto a la Ejecución Provisional Exposición de Motivos XVI, primer párrafo.

A partir de la Reconquista, desde los siglos VIII al XV, los nacientes reinos fueron extendiendo sus territorios a expensas de la España islámica. La constitución del primer reino hispano-cristiano, el reino astur de Oviedo, que posteriormente formó el Reino de León, y que a principios del siglo XI quedó unido al recién formado Reino de Castilla, formando un Estado, que el avance de la Reconquista en el siglo XIII hasta más allá de Guadalquivir, convirtió en el Estado hispano-cristiano territorialmente más importante dentro de la Península. De otro lado, se formó el Reino de Aragón, estrechamente vinculado en sus orígenes al Reino de Navarra, que unido al Condado de Barcelona y a los reinos de Valencia y Mallorca formaron la poderosa Corona de Aragón. En este contexto histórico hispano-cristiano se intenta corregir la confusión jurídica de la época musulmana a través de las Compilaciones generales de los siglos XIII y siguientes, iniciadas con las *Siete Partidas* de Alfonso X el Sabio. Estas Partidas aportan un sistema jurídico nuevo compuesto por elementos del sistema del derecho romano (el *Corpus Iuris*), reelaborados con la mentalidad de las instituciones germánicas, canónicas (*Decretales*), feudales (*Libri Feudorum*) y privadas, y que al igual que sucedió en los otros países de Europa (las glosas italianas), formaron el Sistema del *Derecho Común*.

Este Derecho Común, así llamado por regir sobre particularismos locales, no impidió la práctica y aplicación de los Fueros municipales, respetados por el Ordenamiento de Alcalá, hasta el Fuero Real y Las Partidas, que respondían a principios diversos. A esta diversidad quisieron poner fin, sin conseguirlo, primero la *Nueva Recopilación* (1567), y, posteriormente la *Novísima Recopilación* (1805), que trata del proceso, en forma desordenada, en varias partes, y que dejó vigente Leyes respetadas por el Ordenamiento de Alcalá y supuso más confusión y desorden en el ámbito de la justicia¹⁵.

Así, el proceso civil español estuvo durante siglos bajo el peso del Derecho Común, ya que pese a las Recopilaciones, la obra procesal más importante seguía siendo Las Partidas (predominantemente la Partida III), y la línea de evolución del proceso civil español estaba regido por aquella y por el *solemnis ordo iudicarius*.

El Proceso Codificador (no sólo recopilador) comenzó en España con las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812, que dedica varios artículos a la administración de justicia y al Derecho Procesal, acentuando el carácter público del proceso. De entre ellos cabe destacar el de la uniformidad procesal para todo el Reino de España (art. 244); el de la separación de Potestades estatales (arts. 242, 243, 245 y 246); el referido a la unidad de los Códigos Civil, Criminal y de Comercio (art. 258); el que consagraba al proceso civil como medio voluntario para componer los litigios puesto que se regulaba el derecho a poner fin al pleito a través de Jueces árbitros elegidos por las partes (art. 280); el de la conciliación previa que adquiriría rango general (arts. 282 a 284); se fortalecía el principio de la triple instancia (art. 285); y, sobre todo, el de la responsabilidad judicial entroncado con la independencia de los

15 Cfr. PRIETO-CASTRO FERRRANDIZ L. "Derecho Procesal Civil", Edit. Tecnos, 5ª edición, 1989, págs. 57- 60.

Tribunales y la creación de un Tribunal Supremo de Justicia (art. 259), único en su especie y competente para conocer los recursos de nulidad contra las sentencias dictadas en la última instancia.

En materia estrictamente procesal la primera Ley es la de *Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio* de 24 de julio de 1830, a la que siguen el *Reglamento Provisional para la Administración de Justicia* de 26 de Septiembre de 1835, y la *Ley de sustanciación de los asuntos de menor cuantía* de 10 de Enero de 1838. Finalmente, se aprobó la Ley de Enjuiciamiento Civil el 5 de Octubre de 1855, que entró en vigor el 1 de Enero de 1856, que, a pesar de su desorden en la sistemática, dio una relativa ordenación al proceso civil¹⁶.

Por lo que se refiere al estudio de los antecedentes de la ejecución provisional en el Derecho español, sólo podemos remontarnos a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en relación a la posibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia del proceso de declaración, cuando aún esta se encuentra pendiente en fase de recurso. Sin embargo, esto implicaría considerar la ejecución provisional de una resolución y la admisión del recurso de apelación en un solo efecto, como instituciones independientes, lo cual, desde el punto de vista histórico es incorrecto, ya que la evolución de la ejecución provisional hasta esa fecha es coincidente con el efecto suspensivo del recurso de apelación, puesto que ambas instituciones han corrido paralelamente e incluso han llegado a identificarse en determinados períodos históricos, por lo que se hace necesario remontarnos a la génesis y regulación del recurso de apelación¹⁷.

a) El Derecho romano

Históricamente, el procedimiento civil romano presenta dos épocas perfectamente diferenciadas. A la primera, más importante y larga, se le designa con el nombre de *Ordo Iudiciorum Privatorum*; y a la segunda, más breve y tardía, se le conoce con el nombre de *Cognitio Extra Ordinem* o procedimiento cognitorio. Dentro del *Ordo Iudiciorum privatorum*, que se remonta a la época más arcaica, podemos distinguir, a su vez, dos sub-etapas: En primer lugar el sistema de las *legis actio* o acciones de la Ley, que constituye la más antigua manifestación del proceso romano, pero donde ya tomó éste su tipicidad y sus grandes líneas maestras, y, más tarde, abriendo la época preclásica, el procedimiento Formulario o *per formulas*, donde ya se despliega la estructura jurídica del Derecho clásico. Esta segunda parte del *Ordo Iudiciorum privatorum* coincide con los siglos más brillantes de la jurisprudencia romana, extendiendo su vigencia hasta el alto Imperio. Características comunes a las *Legis actio* como al procedimiento *Per formulas* son: la prevalencia del elemento privatístico sobre el

16 Para una visión amplia de la evolución del Derecho Procesal español, desde la nueva Recopilación hasta la L.E. Civil de 1855, Cfr. FAIREN GUILLÉN V. "Estudio Histórico Externo de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en su Libro *Temas del Ordenamiento Procesal*, Edit. Tecnos, Madrid, 1969, Tomo I, págs. 21-111.

17 Cfr. CABALLOLS ANGELATS L. "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", cit., pág. 103.

jurisdiccional; la importancia de la acción; la trascendencia de la *litis contestatio*; y la división del litigio en dos fase: la fase *in lure* (ante el magistrado iudicente, auténtico representante del poder político) y la fase *apud iudicem* (ante el iudex privado, propuesto de común acuerdo por las partes, o por sorteo a propuesta también de las partes)¹⁸.

La segunda etapa del proceso romano se inicia con la *Cognitio extra ordinem*¹⁹ del bajo Imperio, que llega incluso hasta el Derecho Justiniano²⁰. Este tipo de litigio se desarrolla ya en una sola fase, siendo ésta su principal nota distintiva. No interviene en él aquel *iudex privatus* de la fase *apud iudicem*, típico de los procedimientos de las *legis actio* y formulario. En el procedimiento cognitorio prevalece, por tanto, el carácter público del proceso, siendo por ello la jurisdicción y la presencia del poder político su nota más peculiar. Se pierde también la clásica tipicidad de las acciones, que quedan reducidas a una *petitio*, transformada desde el punto de vista procesal en una mera reclamación frente a la organización jurisdiccional, pasando a primera línea el aspecto público o político de la acción. Finalmente, en el procedimiento cognitorio, no existe ya la *litis contestatio*, al menos con la importancia y significación que tuvo en el proceso anterior y que daba al procedimiento formulario su nota más típica como manifestación del litigio basado en el acuerdo procesal de las partes²¹.

Ahora bien, ni en el sistema de las *Legis-actio*, ni en el procedimiento formulario se conoció la posibilidad de ejecutar provisionalmente una sentencia porque no se encontraba prevista la posibilidad de revisar o de impugnar resoluciones definitivas formalmente válidas, ya que las partes elegían un juez privado y en el momento de formalización del contrato de *Litis Contestatio*, se comprometían solemnemente a aceptar la sentencia que se emitiera, adquiriendo ésta cualidad de cosa juzgada en el mismo momento en que se dictaba²², pudiéndose, por tanto, ejecutar inmediatamente sin más dilaciones, a través de la *actio iudicati*²³.

18 Cfr. MURGA J. L. "Derecho Romano Clásico. II El Proceso", Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza. 3ª edición, 1989, págs. 49-55. ARIAS RAMOS J./ARIAS BONET J.A. "Derecho Romano", Editorial Revista de Derecho Privado, Decimotava edición, Madrid, 1988, T. I, págs. 163-165.

19 Esta denominación no alude a ninguna significación en relación a que fuera un procedimiento anormal o extraordinario. Dentro de lo puramente litigioso no quiere decir sino que está situado fuera del *Ordo Iudiciorum Privatorum*. Cfr. MURGA J. L., óp. cit., pág. 50.

20 El procedimiento propio de la época de Justiniano o procedimiento por libelo, que para algunos autores vendría a ser como una tercera época del proceso romano (ARIAS RAMOS J. óp. cit., pág. 164) no es, sin embargo, más que el mismo procedimiento cognitorio con algunas modificaciones que la evolución procesal y los cambios políticos del imperio impusieron dentro del sistema. Cfr. MURGA J.L., óp. cit., pág. 50, nota 26.

21 Cfr. MURGA J. L., óp. cit., págs. 59- 60. WENGER L., "Instituciones de Derecho Procesal Civil Romano", Munich, 1925, págs. 537-538.

22 Este es el sentido de la conocida fórmula de Modestino (7 Pandectas, Digesto 42.1.1) *Res iudicata dicitur, quae fimen controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absolute contingit*. Los Textos latinos que se mencionan están sacados de la versión castellana del Digesto de D'ORS, HERNÁNDEZ TEJERO, FUENTESCA, GARCIA GARRIDO Y BURILLO, (3 Volúmenes), Pamplona, 1975.

23 En cuanto a la ejecución de la sentencia existían en el procedimiento formulario tres modalidades: a) una ejecución personal sobre la persona del vencido en el pleito por la vía de la *actio iudicati* (que

Parece, pues, claro que en el procedimiento formulario, la sentencia, desde el mismo momento de pronunciarse producía el efecto de cosa juzgada. Esto es así, porque en el procedimiento *per formulam* no se conoció una auténtica apelación contra la sentencia. Así considerado, el asunto decidido en la sentencia era *res iudicata* y sobre él quedaba expresada la definitiva verdad jurídica. La jurisprudencia clásica elaboró así una noción sustancial de la autoridad de la cosa juzgada circunscrita a que no se entablara de nuevo la misma cuestión, aunque este carácter inamovible de la cosa juzgada se enfocaba más bien desde un punto de vista formal, ligándolo más al efecto extintivo de la *litis contestatio* (*consumptio per litis contestationem*) que a la propia sentencia. Ciertamente, aunque la extinción derivada de la sentencia opera, igual que la *litis contestatio*, unas veces de modo consuntivo o *ipso iure*, y otras, preclusivamente u *ope exceptionis*, la gran diferencia entre uno y otro fenómeno extintivo es que, mientras la extinción producida por la *litis contestatio* es exclusivamente procesal y afecta sólo a la acción utilizada, la extinción que provoca la sentencia incide sobre la *quaestio* entera, es decir, sobre todo el asunto litigioso, siendo, por ello, en la práctica, muy distinto el efecto extintivo de uno y otro²⁴. Aunque, como ya hemos dicho, no existían propiamente recursos contra la sentencia, los litigantes disponían de algunos medios procesales que, en casos extremos podían llegar a producir efectos semejantes a los que, más tarde, en el procedimiento cognitorio, se conseguían mediante los llamados recursos. Así, en esa época, existían algunos remedios singulares que podían utilizarse en el *ordo iudiciorum privatorum*, tales como la *intercessio*, en determinadas actuaciones anteriores a la sentencia en las que interviniera el juez; *l'infittatio*; la *revocatio in duplum*, como medio para constatar la inexistencia jurídica de la sentencia; la *restitutio in integrum*, para conseguir la anulación de una sentencia formalmente válida, pero emitida bajo el miedo; y las *acciones contra el juez*, cuando, por cualquier causa, le hubiere dañado éste con su sentencia. Estos eran los remedios procesales que, sin ser propiamente recursos, pudieron ser empleados en el procedimiento formulario con el fin de revocar la sentencia o, al menos, de reparar los daños que un fallo judicial injusto hubiera causado²⁵.

sustituyó a la primitiva *manus inectio* de las legis actio; b) la ejecución sobre el patrimonio (*bonorum venditio*); c) la *bonorum distractio*, que también era una ejecución patrimonial, pero en la que no se vendía el patrimonio en bloque del deudor, sino bienes concretos, hasta cubrir los créditos existentes. Sin embargo, no fue hasta el proceso cognitorio oficial que la ejecución general o *venditio bonorum* se limitó estrictamente a los casos de insolvencia, imponiéndose de modo general la *bonorum distractio*. Sobre el particular, Cfr. WENGER L. "Compendio de Derecho Procesal Civil Romano", cit., págs. 534-535. ARIAS RAMOS J. "Derecho Romano", cit., págs. 209-211. MURGA J.L. "Derecho Romano Clásico. El Proceso", cit., págs. 331-344.

24 Cfr. ARIAS RAMOS J. , óp. cit. , págs. 207-208 y nota 251 sobre la *res iudicata*. MURGA J.L., óp. cit., págs. 319-320. ABELLAN M. "«Sententia» y «Res iudicata»", *Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias*, Seminario de Derecho Romano "Ursanio Alvarez", Univ. Complutense de Madrid, Madrid, 1988, Tomo I, págs. 1-11. Con carácter más amplio, sobre el particular, PUGLIESE "L'héritage romain dans le regles el les notions modernes concernant la chose juguée", *Le Droit Romain et sa réception en Europe*, Varsovia, 1978, págs. 161-180.

25 Cfr. ORESTANO R. "L'appello civile in Diritto Romano", Torino, 1952, págs. 84 y ss. MURGA J. L. , óp. cit., págs. 324-329.

Esta situación cambia en el procedimiento de la cognición oficial introducido en el Principado de Augusto y que se desarrolla, con ligeras modificaciones, hasta la época justiniana. En el procedimiento *extraordinem* se admite ya el recurso de apelación²⁶ como consecuencia de la burocratización de los jueces, estructurados en forma jerarquizada²⁷.

La apelación, no obstante, se dio ya en el procedimiento cognitorio clásico, y tenía una tramitación relativamente sencilla. El apelante debía solicitar la revisión de la sentencia ante el juez que la hubiera dictado –salvo las sentencias dictadas por el propio emperador que no eran nunca apelables–, dentro de los dos días útiles –*biduum*– siguientes a la publicación de la misma. Este plazo era de tres días –*triduum*– si la apelación venía promovida por un solicitante que, aunque interesado en la revisión del litigio, no hubiera intervenido en él como parte litigante. Si la apelación había sido presentada en el momento oportuno, el juez debía admitirla –*appellationem recipere*– redactando una relación, *litterae dimissoriae*, para que el magistrado superior pudiera hacerse cargo del asunto litigioso. La tramitación entera de la *appellatio* debía ser hecha en un plazo máximo de dos años. El apelante al que se le rechazara su apelación o no le fuera estimada debía abonar a la parte contraria el cuádruplo de las costas procesales que en esta segunda instancia se hubieran producido²⁸.

Sin embargo, aparte estos precedentes de la época altoimperial, los recursos son una novedad del proceso postclásico y que tiene su fundamento en la importante reforma que trajo consigo la organización imperial Diocleciana con su planteamiento burocrático. En el nuevo orden litigioso, las sentencias, que en la época clásica tenían un valor en sí mismas, empezaron a ser contempladas como meros actos decisorios dimanantes de una autoridad y, por tanto, sometida, como todos, al mando imperial. Esta nueva concepción del proceso y del fallo judicial abría la puerta a la posibilidad del recurso –*appellatio*– desde el mismo momento que la sentencia, al igual que otro acto de gobierno, podía ser legítimamente revisada por la autoridad superior. Esta apelación, reglamentada en la época postclásica bajoimperial solamente

26 *Appellatio*: La apelación es el acto por el cual un litigante acude ante la jurisdicción o tribunal superior al que ha pronunciado la decisión o sentencia que estima desfavorable, a fin de conseguir su reforma o anulación. En el procedimiento de las acciones de la Ley y en el formulario no existe un sistema de apelación; en el extraordinario, al existir una jerarquía judicial, fue organizado, pudiéndose entablar oralmente por las partes en el momento de notificárseles la resolución recaída en el pleito, o bien por escrito, haciendo uso de los *libelli appellationi* (Paul. 32-37. Digesto 49.1.4.5.12. Codex 7.62). Voz *appellatio* en GUTIERREZ-ALVIZ y ARMARIO F. "Diccionario de Derecho Romano", Edit. Reus, 3ª edición, Madrid, 1982.

27 Sobre la apelación Vid. ORESTANO R. "L'apello civile in Dirrito Romano", cit. RAGGI "Studi sulle Impugnación Civili", T. 1, Milán, 1961. LITEWSKI "Die Römische Appellation in Zivilsachen, RIDA, nº 12, 1965, págs. 347 y ss. y RIDA nº 15, 1968, págs. 143 y ss. LAURIA "Sull'appellatio", *Studi e Ricordi*, Roma, 1983, págs. 65 y ss. VICENTI "Ante Sententiam appellari potest", Padua, 1986.

28 Tolo lo relativo a la apelación de la *cognitio* clásica viene tratado en el Digesto 49.1 a 49.14. También en el Codex 7. 62 de la edición en español de GARCIA DEL CORRAL "Cuerpo de Derecho Civil Romano", Texto en castellano y en latín, 6 tomos, Edit. Lex Nova, Barcelona, 1889, tomo 5 (libros 6ª a 12ª), págs. 267-278. Cfr. MURGA J. L. óp. cit., pág. 389, nota 586.

podía darse en el supuesto de sentencia definitiva debiendo ser resuelta por el magistrado inmediatamente superior a aquel cuya sentencia era apelada, sin quebrantar nunca el riguroso orden jerárquico y burocrático de la administración imperial, pudiendo llegar incluso al emperador órgano supremo de todo el orden político²⁹.

El recurso de apelación debía tramitarse por escrito como en la *cognitio* altoimperial, si bien en la época postclásica fue posible hacerla también oralmente, según parece desprenderse de una constitución de Constantino³⁰. Una vez interpuesta la apelación ante la ante el juez que dictó la sentencia, quedaba automáticamente en suspenso la ejecución hasta tanto no terminase el procedimiento apelatorio³¹, sin que nunca pudiera el juez –so pena de cometer delito penado por la ley– rechazar la apelación interpuesta ante él³².

Tras la admisión del recurso, el juez debía plasmar por escrito las razones alegadas por el apelante –*litterae dimisoriae*– y remitirlas al magistrado encargado de la revisión del asunto. El juez superior que conocía de la apelación podía admitir hechos nuevos y nuevas pruebas (el recurso era prácticamente una repetición del iudicium) para fundamentar su recurso, permitiéndosele también al adversario aducir todas las razones que considerara oportunas contra la apelación³³. La comparecencia de las partes era necesaria en el juicio apelatorio, decayendo el derecho del apelante ausente; sin embargo, si el ausente era el apelado, el juez suplía con su autoridad dicha ausencia. El juicio terminaba con un nuevo fallo que había de pronunciarse sobre los fundamentos de la apelación, que podía ser admitida o rechazada, y, en este último caso, el apelante debía pagar las costas a la parte contraria. Justiniano fijó en dos las apelaciones posibles en un mismo pleito, las cuales anteriormente no estaban limitadas, mientras la gradación de la jerarquía judicial las hiciese posible³⁴.

29 Cfr. MURGA J. L., *óp. cit.*, pág. 389.

30 Constantino a. 317. Codex 7.62.14. «*Litigatoribus copia est, etiam non conscriptis libellis, illico appellare voce, quum res poposcerit iudicata, tam in civilibus, quam in criminalibus causis*», «Los litigantes tienen facultad, aun sin haber hecho escrito, para apelar inmediatamente de viva voz, cuando lo requiere la cosa juzgada, tanto en las causas civiles como en las criminales», GARCIA DEL CORRAL, edición citada pág. 270.

31 Digesto 49.7.1.1 «*Recepta autem appellatione tamdiu nihil erit innovandum quandium de appellatione fuerit pronunciatum*».

32 Codees 7.62.21 «*Quoniam iudices ordinarii provocationes existimant respuendas, placet, ut, si quis appellationem suscipere recusaverit, quae non contra executionem, sed adversus sententiam iurgium terminantem fuerit interposita, triginta auri pondo cogatur largitionibus nostris inferre; triginta alia officio eius itidem soluturo, nisi ei pertinaciter restiterit atque actis contradixerit et, quid iure sit constitutum, ostenderit*». «Puesto que jueces ordinarios estiman que se han de rechazar apelaciones, se determina, que si alguno hubiere rehusado admitir una apelación, que se hubiere interpuesto, no contra la ejecución, sino contra la sentencia que termina la contienda, sea obligado a pagar al tesoro de nuestras liberalidades treinta libras de oro; debiendo pagar también otras treinta sus oficiales, a no ser que, con tenacidad se le hubieren resistido, y, le hubieren mostrado que era lo establecido en la Ley». Cfr. GARCÍA DEL CORRAL, *óp. cit.*, pág. 271.

33 Codex 7.62.32 y 39. Cfr. GARCIA DEL CORRAL, *óp. cit.* Págs. 274 y 277-78.

34 Prohibición que Justiniano había consignado en la novela 82.5 y en el Codex 7. 70.1. Cfr., respecto de la apelación del procedimiento cognitorio, ORESTANO R. «L'apello Civile en el Diritto Romano», *óp. cit.* MURGA J.L., *óp. cit.*, págs., 388-391. ARIAS RAMOS J. *óp. cit.*, págs. 223-224.

Así, pues, en Roma se conocieron los dos efectos típicos del recurso de apelación, el efecto devolutivo (se devolvía el conocimiento del asunto al juez superior) y el suspensivo, en virtud del cual se suspende la ejecución de la sentencia dictada en primera instancia, y, por tanto, se retrasaba la producción de la cosa juzgada, las *res iudicata* y la ejecutabilidad de la sentencia. En este sentido cabe indicar que la introducción del recurso de apelación en el proceso modificó profundamente la teoría de la cosa juzgada inherente a la sentencia, que ya sólo operará cuando la sentencia se convierta en firme, como consecuencia de la resolución del recurso, o bien del transcurso de los *termini fatalia* o *dies fatales* otorgados para impugnar, o bien, en algunas ocasiones, porque la sentencia fuera irrecurrible.

El Derecho clásico no hablaba de suspensión de la sentencia, término que aparecería tardíamente en la época postclásica, sino de la prohibición impuesta al juez inferior de intervenir en la causa pendiente de un recurso de apelación («*nihil erit innovandum*»). Esta prohibición de innovar suponía una absoluta paralización del estado procesal y se producía con la interposición del recurso de apelación, con independencia de su admisión o no por el juez que, además, como regla general estaba prohibida³⁵.

Sin embargo, el derecho romano contenía ya una serie de excepciones, que más que al efecto suspensivo del recurso de apelación, aparecían como actos del juez inferior tendentes a regular provisionalmente causas urgentes mientras se dirimía el litigio en segunda instancia. Estos eran principalmente, la provisión de un «*temporarius tutor*», en el caso de que el tutor designado judicialmente apelase; la provisión de alimentos por el «*scriptus heres*» apelante al heredero ab intestato que había vencido en la primera instancia; y la *sequestratio* de los frutos del objeto litigioso, pendiente la apelación, del poseedor que había sido condenado a la restitución en la sentencia de primera instancia³⁶. Posteriormente, una Constitución tardía relativa a causas posesorias, que permitía la ejecución no obstante estar pendiente el recurso de apelación, inició un cambio de orientación en el Derecho romano tardío³⁷.

Existieron en el Derecho romano casos en que no era posible apelar; se trataba de casos especiales en los que el objeto del proceso no admitía dilaciones³⁸. También se ocuparon de los recursos que se interponían exclusivamente para evitar la ejecución –*apellatione moratorie*– y en un caso narrado por Modestino³⁹ de apelación fraudulenta, aunque el recurso de apelación continuó normalmente, el juez a quo decretó la ejecución de la sentencia recurrida, siendo éste uno de los primeros casos de ejecución provisional en el Derecho romano⁴⁰.

35 Codex 7.62.3 «*Appellatione interposita, licet ab iudice repudiata sit, in praedictum deliberationis nihil fieri debere...*».

36 Cfr. ORESTANO R. “L’apello Civile in Diritto Romano”, cit., págs. 409-413. AIKIN ARALUCE S. “El Recurso de Apelación en el Derecho Castellano”, Edit. Reus, Madrid, 1982, pág. 151.

37 Una Constitución del año 386, recogida en el Codees 7.69.1. Cfr. AIKIN ARALUCE S. óp. cit., pág. 151.

38 Cfr. ORESTANO R., óp. cit., pag. 295.

39 Digesto 22.1.41.

40 Cfr. CABALLOLS ANGELATS L. “La Ejecución Provisional en el Proceso Civil”, cit., págs. 106-107.

b) La Glosa, el Derecho Canónico y el Derecho Castellano

Los glosadores, desde los primeros tiempos, reconocieron la eficacia suspensiva del recurso de apelación. Muchas de las cuestiones que debatieron los autores al tratar de este tema, venían en realidad referidas a la naturaleza de la primera sentencia y a su condición de cosa juzgada, pero no se planteó el tema de las relaciones entre los dos efectos del recurso, sino que, siguiendo la línea clásica, la apelación suponía la remisión de la causa al superior jerárquico y la prohibición de innovar al juez inferior, con lo cual, la situación quedaba en suspenso hasta tanto se resolvía el recurso. En los excepcionales supuestos en que el Derecho romano reconoció la posibilidad de limitar el efecto suspensivo, permitiendo la ejecución de la sentencia pendiente el recurso (como en los supuestos de las causas posesorias), la glosa los declaró inapelables, por lo que en este período no puede hablarse de ningún caso de ejecución provisional⁴¹.

La descomposición del Imperio Romano llevaría consigo la disolución de las instancias jerárquicas creadas en la última época del Imperio, con lo cual se hacía poco posible la utilización de la apelación como medio de impugnación de las Sentencias. No obstante, el sistema feudal imperante en la Alta Edad Media no sería totalmente ajeno a esta institución.

Así, algunos autores estudiosos de la materia, hablan de la existencia de formas feudales de apelación, como eran la «denegación de Justicia» por un juez o el «falso juicio». La «denegación de justicia» consistía en obtener ante un juez superior una reparación por el juez de instancia que se había negado a juzgar, por lo que el recurso iba dirigido contra el mismo juez, no contra su decisión, con lo cual no puede hablarse propiamente de recurso de apelación. El «falso juicio» sí suponía una apelación por injusta o falsa, configurándose a la manera del proceso romano-canónico aunque las diferencias eran profundas a nivel de procedimiento⁴².

En el proceso visigodo y altomedieval ya se conoció la «apelación a juez sospechoso». Esta forma de apelación (contenida en la *Lex Visigotorum* o Fuero Juzgo), suponía que las partes podían recurrir al Obispo para que, juntamente con el juez sospechoso, resolviesen la cuestión y dictaran un fallo conjunto. Este tipo de apelación provenía del Derecho Romano y fue incorporada al Derecho Visigodo, a fin de hacer factible la autoridad que, desde Recaredo, se había reconocido a los obispos sobre los jueces laicos⁴³.

41 Cfr. AIKIN ARALUCE S., óp. cit. pág. 152.

42 Cfr. AIKIN ARALUCE S., óp. cit., págs. 51-52. Sobre estos recursos, Vid. FOURNIER M. "Essai sur l'histoire de l'appel suivi d'une étude sur la réforme de l'appel", París, 1981. MOREL H. "Les recours au roi dans les pays du sud-ouest de la mouvance au XIII et XIV siècle. L'appel a gravamine et la simple querelle et leurs origines romano-canonique", Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, t. 3, 1955, citados por AIKIN ARALUCE.

43 Cfr., sobre el particular MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO J. "Líneas de Influencia Canónica en el Proceso", A.H.D.E., t. 23, págs. 467-494.

Posteriormente, el Derecho canónico impulsó el renacimiento de la apelación romana, que aportaba elementos jurídico-técnicos para desarrollar las primitivas formas de apelación feudal; desarrollo que se vio muy favorecido por la centralización que se operó en la estructura de la iglesia, consecuencia de la cual era la tesis de que el Papa era «*ordinarius cunctorum*», y, por tanto, toda la jurisdicción era delegada. Este planteamiento produjo el que se difundiera ampliamente la apelación «omiso medio» al Papa, al tiempo que se aplicaba la regla de la apelación de delegado a delegado, acudiendo a la instancia superior⁴⁴.

Un rasgo importante de la influencia canónica fue la configuración de la doctrina de la «*aequitas*», por la cual debía prevalecer frente a la costumbre la aplicación más objetiva y temperada del Derecho escrito. Esta idea flexible del proceso dará lugar a la aparición de procedimientos como el expediente que se ventilaba «*sine strepitu ni figura de juzyo, sólo la verdad sabida*». La Doctrina canonista concibió la apelación como un remedio contra la firmeza de la sentencia, partiendo de un concepto de «*res iudicata*» muy distinto del Derecho romano. Para el Derecho canónico, cosa juzgada no era algo conforme a la verdad formal, sino que se atribuye la condición de cosa juzgada a todas las sentencias definitivas que han agotado los grados de jurisdicción, o aquellas en las que se han dejado transcurrir los plazos para su impugnación. En esta línea se establecen términos fatales para recurrir fallos judiciales.

En el Derecho canónico, a diferencia de lo que aconteció en el Derecho romano, se permitió la apelación de resoluciones interlocutorias, cuestión que dependía de la concepción del proceso, no como una unidad de acto, sino como una serie de cuestiones encadenadas entre sí por un nexo lógico. La impugnación de resoluciones interlocutorias iría ahondando en el proceso civil con el transcurso del tiempo, y terminaría distinguiendo entre las sentencias «mera interlocutorias» y las sentencias «interlocutorias con fuerza de definitiva», atribuyéndose a esta última categoría la posibilidad de ser apelada⁴⁵.

El Derecho canónico fue el que separó los dos efectos del recurso de apelación y suprimió el efecto suspensivo de la misma en todos aquellos supuestos en los cuales no era posible dilatar la ejecución de la sentencia. De esta supresión, que se establecía de forma casuística y que suponía una excepción a la regla general de «*nihil erit innovandum*», se derivó la distinción entre efecto devolutivo y efecto suspensivo del recurso de apelación. Esta separabilidad de los dos efectos del recurso y la posibilidad en el Derecho canónico de apelar cualquier sentencia judicial sobre la cual la parte agraviada pudiera alegar alguna causa razonable, hizo que se proliferasen masivamente los recursos de apelación, por lo que había de limitarse de alguna manera el efecto suspensivo del recurso, que permitía la paralización total de la causa hasta la resolución de la segunda instancia. De ahí, que ya en las Decretales se establecen

44 Cfr. AIKIN ARALUCE S., óp. cit., pág. 52.

45 Cfr. AIKIN ARALUCE S., óp. cit., pág. 54.

excepciones en las que el juez a quo puede innovar, aún estando pendiente el recurso de apelación⁴⁶.

Inicialmente, en el Derecho castellano de la baja Edad Media, la norma para el recurso de apelación era, también, la prohibición de innovar estando pendiente un recurso de apelación, regulándose, incluso, para garantizar esta prohibición la llamada «*revocación por vía de atentado*», que suponía la posibilidad del juez superior de revocar cualquier acto en relación a la sentencia apelada que se hubiera producido pendiente la apelación⁴⁷.

La posibilidad de admitir apelaciones en un solo efecto no estaba permitida ni en Las Partidas ni en el Fuero Real, y comienza a admitirse en el Derecho castellano a partir del siglo XVI, por dos vías: a través de la Literatura jurídica y de las Peticiones de Cortes. Por un lado, la literatura jurídica recogió el principio de Derecho canónico por el cual las apelaciones prohibidas por el Derecho sólo podían ser admitidas en el efecto devolutivo, y lo aplicó a todos aquellos supuestos en que no cabía recurso de apelación, pero sí presentación de querrela ante el superior. De otro lado, la admisión expresa de apelaciones en un solo efecto por la legislación real se dio principalmente en las peticiones a Cortes. A lo largo del siglo XVI, los Procuradores a Cortes se quejaban con frecuencia de la dilación en la resolución de las causas, como consecuencia de la interposición de la alzada, y piden y presionan al Rey para que, en determinadas causas puedan ejecutarse las sentencias «no obstante la apelación». Las peticiones se refieren a la posibilidad de ejecución provisional de determinadas sentencias condenatorias hasta cierta cuantía en juicios de residencia, de multas impuestas en virtud de Ordenanzas Municipales, de sentencias en juicios ejecutivos, y algunas otras de menor importancia, que terminan por regularse de forma oficial y que fueron incluidas en las Recopilaciones⁴⁸.

No obstante, la regla general siguió siendo que la apelación debía admitirse en ambos efectos y que la posibilidad de la admisión en un solo efecto tenía carácter excepcional.

Los autores intentaron establecer los criterios según los cuales podía admitirse la apelación en un solo efecto. Así COVARRUBIAS decía que había de pensarse en la irreparabilidad del gravamen causado por la ejecución de la sentencia o por su suspensión, de tal manera las causas en las cuales la suspensión de la sentencia produjesen más daño que su ejecución debían apelarse en un solo efecto; SOMOZA acudió

46 Tales eran los casos que se establecían para algunas causas de excomunión, causas posesorias, determinadas sentencias interlocutorias, y, en general todas aquellas causas en las que estaba prohibido apelar por derecho. Cfr. AIKIN ARALUCE, *óp. cit.*, págs. 153-154.

47 Cfr. *Ibidem*, págs. 157-159.

48 Muchas de estas peticiones a Cortes fueron incorporadas a la Nueva y Novísima Recopilación, tales como la petición 64 de las Cortes de Toledo de 1525, las Cortes de Valladolid de 1544 y otras de 1555, en relación a las apelaciones de residencia. Las Cortes de Segovia de 1532 y las de Madrid de 1528, las de Valladolid de 1537, en relación a la ejecución de penas de multas de Ordenanzas municipales. Las Cortes de Valladolid de 1537 y una disposición de Felipe II en 1566 en relación a las sentencias de remate dictadas en juicios ejecutivos. Cfr. AIKIN ARALUCE *óp. cit.*, notas 225, 226 y 227.

al criterio del orden público, de tal forma que las causas que afectasen al mantenimiento del orden público, debían ejecutarse aún siendo apeladas; posteriormente, CAÑADAS, insistió en ese mismo criterio del orden público; y DOU y BASSOLS, clasificó las apelaciones admisibles en un solo efecto en tres grupos: las causas en favor de la religión, las causas en favor de la humanidad y aquellas otras en observancia del rigor de la disciplina y la expedita administración de justicia⁴⁹.

En general, casi todos los autores circunscriben a dos los criterios para conceder la apelación en un solo efecto: por razón de urgencia de la causa y por razón de su trascendencia o vinculación con el orden público.

Las causas que por su carácter urgente no admitían la apelación en ambos efectos eran algunas de las que ya recogían las fuentes medievales, tales como la provisión de tutorías, la recolección de frutos percederos, las sentencias sobre sepultura de difuntos o aperturas de testamentos, así como las relativas a los alimentos provisionales (siempre y cuando la persona que los recibiese fuese pobre y no tuviera otros medios para mantenerse que por los alimentos presentes y futuros), a los que fueron equiparados los salarios y las pensiones, tanto de jueces y abogados, como de criados y jornaleros; las sentencias de deshaucio y, en general, las relativas a los juicios ejecutivos. Por razón de orden público se declararon inapelables en ambos efectos los tributos en general, las sentencias dadas a favor del Fisco, las multas, las causas sobre repartimientos fiscales y sobre cuenta y bienes propios y los delitos monetarios. También, al igual que había sucedido en el derecho romano postclásico, estaban excluidas del efecto suspensivo las causas posesorias, contra las cuales se admitía recurso de apelación en un solo efecto, excepción hecha de los juicios posesorios sumarísimos y los juicios posesorios mixtos, que eran apelables en ambos efectos. Otros supuestos son las sentencias condenatorias en interdictos de obra nueva después de denunciada, las sentencias dadas en causas leves o de escasa importancia y las sentencias de árbitros y amigables componedores, entre otras⁵⁰.

Con la entrada en la Edad Moderna se limitó la posibilidad de apelar más de dos veces la sentencia, con lo cual, después de dos apelaciones quedaba firme la sentencia. Sin embargo se requería que las tres sentencias fuesen conformes.

2. Antecedentes cercanos de la Ejecución Provisional: La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 recogió el principio de que las apelaciones eran, por norma, admisibles en ambos efectos, salvo en aquellos casos en los que expresamente se admitieran en uno sólo⁵¹. Por tanto, la admisión del recurso de apelación en un solo efecto constituía excepciones a la regla general, y, en principio, se

49 Autores citados todos ellos por AIKIN ARALUCE, *Ibidem* págs. 161-162.

50 Cfr. *Ibidem*, págs. 162-165.

51 Así lo establecía el art. 70 de la LEC de 1855, que decía «Procederán libremente en todos los casos en que no se halle prevenido que se admitan en un solo efecto».

encuentran en esta primera Ley de Enjuiciamiento los supuestos que ya se habían recogido en la legislación anterior que habían pasado a la Nueva y a la Novísima Recopilación⁵².

CABALLOL ANGELATS⁵³ sistematiza la excepciones previstas en la Ley en dos grupos, de un lado, los supuestos en que la sentencia recurrida pone fin al proceso de declaración, y los supuestos de la resolución dictada en el proceso de ejecución. A su vez, el primer grupo lo subdivide en dos grupos: los casos en los que la apelación de admitía directamente en un solo efecto, y aquellos en los que sin aludirse expresamente la admisión en uno o en ambos efectos, se disponía la ejecución de la sentencia antes de su remisión al Tribunal Superior.

Los supuestos en los que la Ley admitía el recurso de apelación en un solo efecto, en los casos de sentencias definitivas en proceso de declaración, son los siguientes: las sentencias que otorgan alimentos provisionales (art. 1214), las providencias que aprueban las particiones de bienes hechas por los contadores (arts. 482 y 485); las sentencias que admiten la recusación de subalternos de los Tribunales (art. 150); en materia de acumulaciones, la provisión que deniega la acumulación de autos (art. 154), la sentencia que en apelación de la providencia anterior otorga la acumulación (art. 168), la providencia de desistimiento de la acumulación (art. 171); las providencias que otorgan término extraordinario de prueba (art. 268), las providencias que declaran a la parte confesa o deniegan esta declaración (art. 299), las providencias que aprueban los inventarios de bienes (arts. 436 y 499) y las sentencias dadas sobre la impugnación de síndicos en juicio de concurso (art. 545).

Los supuestos en los que, sin pronunciarse sobre los efectos del recurso, se admitía la ejecución son: la sentencia que ratifica la suspensión en el interdicto de obra nueva (art. 744), y las providencias que otorgan la restitución en el interdicto posesorio (arts. 729 y 736).

En cuanto a los supuestos de las resoluciones dictadas en el proceso de ejecución, y siempre que el apelado dé fianza suficiente a juicio del juez para responder de la diferencia que hubiere entre la cantidad en la que el apelante se reconozca deudor y la cantidad que se determine en la sentencia, son los siguientes: las sentencias de remate en los juicios ejecutivos (art. 973) y las providencias que indican la cantidad que debe abonarse en ejecución de sentencias (arts. 907 y 908)⁵⁴.

Aunque hay autores (CARAVANTES)⁵⁵ que sostienen que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 no contenía una enumeración taxativa del recurso de

52 Eran los supuestos de las sentencias que otorgan alimentos provisionales, las sentencias de remate en juicios ejecutivos, las sentencias que ratificaban la suspensión en el interdicto de obra nueva y las Providencias que otorgan la restitución de un despojo en el interdicto posesorio. Cfr. AIKIN ARALUCE, *óp. cit.*, pág. 165.

53 "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", *cit.*, pág. 111.

54 Cfr. AIKIN ARALUCE, *óp. cit.*, pág. 166; y CABALLOL ANGELATS "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", *cit.*, pág. 111.

55 VICENTE y CARAVANTES J. "Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil según la Nueva Ley de Enjuiciamiento", Madrid, 1858.

apelación y que podían admitirse en un solo efecto todos aquellos supuestos análogos en los que la ley no dijera expresamente que habían de admitirse en ambos efectos, parece claro que el sentido de la Ley era admitir en un solo efecto, sólo aquellos recursos en que así se establecía. No obstante, CABALLO⁵⁶, apunta que en esta interpretación de Carvantes se deja al juez, cuando no esté expresamente establecido, la posibilidad de decidir si admite el recurso en uno o en ambos efectos.

A partir del momento en que se admitió la separabilidad de los dos efectos del recurso de apelación, también adquirió un importante relieve el Auto del juez *a quo* por el que admite el recurso y además señala si lo admite en uno o en ambos efectos. El «Auto de admisión», como se le conoce desde la Edad Moderna, apareció en la literatura jurídica en el siglo XVI y se convirtió en un lugar común ya en el siglo XVIII. Sin embargo, antes de la Ley de Enjuiciamiento de 1855 no se establecía una fórmula explícita que debiera contener el Auto de admisión del recurso, sino que se utilizaban dos cláusulas; una era «se admite la apelación», y otra era «se admite la apelación en cuanto ha lugar a Derecho», entendiéndose ambas como admisión del recurso en ambos efectos, lo que producía no pocos problemas en la práctica. En cualquier caso, según la práctica procesal del siglo XVIII, el apelante a quien le hubiese sido admitido el recurso con cualquiera de estas dos fórmulas, y, en ambos efectos, podía reclamar ante el juez superior, acreditando que no había lugar en Derecho al efecto suspensivo, y de admitirse, oídas las partes interesadas, cedería la regla general a favor de la limitación retro trayéndose la admisión en un solo efecto al momento en que se admitió el recurso⁵⁷.

En la Ley de Enjuiciamiento de 1855 se disponía que debía admitirse la apelación «libremente y en ambos efectos o en uno sólo»⁵⁸, lo cual significaba, tal y como se decía en la Exposición de Motivos⁵⁹ que el juez debía expresar con claridad en que efecto se admitía el recurso. Sin embargo no regulaba un procedimiento de reclamación ante el juez superior en caso de que el apelante no estuviese conforme con la admisión en ambos efectos del recurso de apelación, procedimiento que, por el contrario, sí había regulado la anterior Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830⁶⁰.

Sin embargo, para el caso contrario, es decir, la posibilidad de pedir se ampliase la admisión de la apelación en ambos efectos, sí se regulaba un minucioso procedimiento en la Ley de 1855, que, distinguía, entre auto de admisión de apelaciones de sentencias definitivas e interlocutorias. Si se trataba del caso de admisión en un solo efecto de una resolución interlocutoria, el apelante debía pedir ante el superior que se «admitiese libremente y en ambos efectos». El superior, después de oír a la parte contraria, podía estimar tal pretensión, en cuyo caso, libraba orden al inferior para que le remitiese los autos, citando a las partes para que compareciesen en término

56 "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", cit., pág. 111.

57 Cfr. AIKIN ARALUCE, citando a CAÑADA ("Instituciones prácticas de los juicios civiles así ordinarias como extraordinarias"), óp. cit., pág. 168, nota 292.

58 Art. 70 de la L.E. Civil de 1855.

59 Cfr. GOMEZ DE LA SERNA "Exposición de Motivos", pág. 34.

60 Vid. art. 417 de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830.

de 20 días. En el caso de tratarse de una sentencia definitiva admitida en un solo efecto, la parte podía solicitar que se declarase en ambos, una vez que los autos le hubiesen sido remitidos al tribunal superior, el cual, en el caso de estimar la pretensión, libraría orden al inferior para que suspendiese la ejecución de la sentencia⁶¹.

También, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en sus arts. 1068 y 1069⁶², reguló la posibilidad de la ejecución provisional en relación al recurso de Casación⁶³, precisando como requisitos para ello el que la sentencia dictada en el recurso de apelación fuera conforme con la de primera instancia y que se prestara caución⁶⁴.

Finalmente, la ley de Casación Civil de 22 de Abril de 1878 también reguló en su art. 100⁶⁵, la ejecución provisional de la sentencia recurrida en casación, pero prescindiendo ya del requisito de las dos sentencias conformes de primera y segunda instancia, que se había fijado inicialmente en la Ley de Enjuiciamiento de 1855⁶⁶.

3. La Ejecución Provisional en la L. E. Civil de 1881

Como hemos visto, en la L.E. civil de 1855, amén de la norma general (admisión en ambos efectos) y de los supuestos específicos en materia de admisión del recurso de apelación, la regulación de la ejecución provisional se circunscribía al recurso de casación, y siempre que las dos sentencias de primera y segunda instancia fueran conformes y se prestara fianza.

La Ley de Enjuiciamiento de 1881, por el contrario, recoge el principio general de que, salvo disposición expresa, la admisión del recurso de apelación, por defecto, lo era en un solo efecto⁶⁷, aunque, como veremos, la excepciones a la regla

61 Vid. arts. 73 y 74 de la L. E. Civil de 1855. Cfr. AIKIN ARALUCE, óp. cit. , pág. 169.

62 Art. 1068 «Las sentencias contra las cuales se hubiere interpuesto y aún admitido recurso de Casación, pueden llevarse a efecto, en el que las hubiere obtenido lo pidiere, y fuere conformes con las de primera instancia». El art. 1069 rezaba «Para que el Tribunal Superior pueda acceder a la ejecución de la Sentencia contra la cual se hubiere interpuesto Recurso de Casación, se necesita que el que pida la ejecución preste antes fianza bastante, a satisfacción del Tribunal, para responder de cuanto recibiere o pudiere recibir, caso de ser anulada la ejecutoria».

63 Como se sabe el recurso de Casación español tiene sus orígenes en aquel Recurso de Nulidad regulado en la Constitución de Cádiz de 1812, siguiendo el modelo francés, y que pasó luego a la legislación procesal civil de 1838, 1855, 1870, y 1878, tal y como se reguló en el siglo XIX, pasando posteriormente a la L.E. Civil de 1881 y a la vigente de 2000. Para una aproximación a los orígenes de la Casación española, Vid. FAIREN GUILLÉN V. «La Recepción en España del Recurso de Casación francés (1812-1813)», *Temas del Ordenamiento Procesal*, cit., T. 1, págs. 195-235.

64 Cfr. CABALLOL ANGELATS, «La Ejecución Provisional en el Proceso Civil», cit., pág. 111.

65 «Podrá la Audiencia decretar la ejecución provisional de la sentencia a petición de la parte que la hubiere obtenido, aunque se haya interpuesto y admitido el recurso de casación, si presta antes fianza bastante a juicio del mismo Tribunal para responder de cuanto recibiese o pudiese recibir si se declarase la casación».

66 Cfr. CABALLOL ANGELATS «La Ejecución Provisional en el Proceso Civil», cit., pág. 112.

67 Sin embargo, como resalta CABALLOL, Ibídem, pág 112, es curiosos que en los casos en los que tradicionalmente se admitía el recurso en un solo efecto, para permitir así la ejecución provisional, tales

general eran tan abundantes que, de hecho, la admisión en ambos efectos era la tónica general. También recogió de la anterior Ley de 1855, la posibilidad de ejecución provisional del recurso de casación, aunque suaviza la regulación en el sentido de no exigir las dos sentencias conformes para proceder a la ejecución de la sentencia recurrida en casación.

Así, el art. 1786 de la L.E. Civil de 1881 introdujo un técnica alternativa a la admisión del recurso en un solo efecto, consistente en la atribución a los Tribunales para determinar que resoluciones recurridas pueden ser ejecutadas sin esperar a la resolución del recurso, la exigencia de caución como condición previa para la ejecución de una sentencia que ponga término a la fase declarativa del proceso y la posibilidad de conseguir la ejecución provisional de sentencias dictadas en los procedimientos ordinarios, cuando se interpusiera recurso de casación. A partir, por tanto, de la ley de 1881, cuando se quería dotar de eficacia a una resolución recurrida, la solución fue prever la admisión en un solo efecto si el recurso interpuesto era el de apelación; y la ejecución provisional concedida por el juez si el recurso era de Casación⁶⁸.

Posteriormente, la Ejecución provisional fue objeto de un tratamiento específico en la Reforma de 1984, que derogó el art. 1786 y reguló la ejecución provisional de las sentencias pendientes de casación en los arts. 1722 y 1723, y que, a través del artículo 385⁶⁹, implantó, de manera general, la posibilidad de ejecutar las sentencias y los autos no firmes. Según este precepto los autos no firmes que pongan término al proceso impidiendo su continuación y las sentencias definitivas en toda clases de juicios, cuando la ley no ordene lo contrario (art. 384), son susceptibles de ejecución provisional.

Establece el art. 385 de la L. E. Civil, según la redacción dada por la Ley de 6 de Agosto de 1984, a) para la ejecución provisional de las **sentencias dictadas en primera instancia**, una serie de requisitos de fondo y de forma:

como la sentencia de condena en juicio de alimentos provisionales (art. 1615), todas las apelaciones procedentes de la vía de apremio (art. 1531), la sentencia que ratifica la suspensión en el interdicto de obra nueva (art. 1669), la concesión del juez para continuar la obra (art. 1674) y el interdicto de retener y recobrar la posesión (art. 1659), se siguiera manteniendo esa referencia específica a pesar de la regla general.

68 Así se previó la posibilidad de ejecutar provisionalmente una sentencia recurrida en casación en los procesos de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas (art. 70.10 de la L.S.A de 27/julio/1951) y para los laudos arbitrales pendientes de casación o de nulidad (art. 31.3 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de Diciembre de 1953). También, la jurisprudencia del TS (STS de 13/3/1957) declaró aplicable analógicamente el art. 1786 al recurso de revisión regulado en el art. 52 del Reglamento de la L.A.R. de 1959. Cfr. CABALLO ANGELATS, "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", cit., pág. 113.

69 Decía el art. 385 de la L.E. Civil de 1881, reformada por la ley 34/1984 de 6 de Agosto: «Las resoluciones a que se refiere el artículo anterior que hubiesen sido objeto de recurso de apelación, podrán no obstante ser ejecutadas provisionalmente cuando condenen al pago de una cantidad líquida o cuya liquidación pueda efectuarse por simples operaciones numéricas a tenor de lo dispuesto en el fallo. Las sentencias de objeto o naturaleza diferente serán susceptibles de la misma medida si el juez estima que el perjuicio que pudiera irrogarse con su ejecución no sería irreparable.

1) De fondo o de contenido de la sentencia:

- Que tengan por objeto el pago de una cantidad de dinero líquida o cuya liquidación se efectúe por el propio pronunciamiento judicial contenido en la resolución. La Exposición de motivos del Proyecto de la ley de reforma es más clara cuando alude a las «sentencias de condena de pago de cantidades dinerarias líquidas».
- O, que siendo de contenido diferente, el juez estime que el perjuicio que pudiera irrogarse de la ejecución no sería irreparable.

2) De forma:

- Petición de la parte apelada dentro del plazo de seis días, a partir de la notificación de la admisión del recurso de apelación y ofrecimiento de fianza.
- Resolución del juez en otro plazo igual, decretando no la ejecución y declarando, en su caso, suficiente la fianza ofrecida o mandando se amplíe, debiendo, en este último supuesto, constituirse en plazo de tres días.

3) Se prohíbe, no obstante, la ejecución provisional de las sentencias recaídas en juicios relativos a maternidad, paternidad, filiación, estado civil, capacidad, divorcio y derechos honoríficos.

- Con relación a las **sentencias dictadas en apelación o de segunda instancia**, se asimilan a ellas las de primera instancia contra las que se tiene por preparado el recurso de casación «*per saltum*», y se rigen por los principios contenidos en el antiguo art. 1786, que queda derogado, bastando petición de parte y prestación de fianza, sin sujeción a plazo determinado.

Sin embargo, los arts. 1722 y 1723 de la L. E. Civil⁷⁰, después de la reforma, introducen dos modificaciones respecto del régimen anterior: se admite como fianza

En ningún caso serán ejecutables provisionalmente las sentencias recaídas en juicios que versen sobre maternidad, paternidad, filiación, divorcio, capacidad, estado civil o derechos honoríficos.

Para que proceda la ejecución provisional habrá de instarla la parte apelada dentro del plazo de seis días contados a partir de la notificación de la resolución admitiendo el recurso de apelación, dentro de cuyo plazo habrá de ofrecer la constitución de fianza, con exclusión de la personal, o aval bancario suficientes para responder de lo que perciba y de los daños, perjuicios y costas que ocasionare a la otra parte. El Juez habrá de resolver sobre la ejecución provisional y la suficiencia de la garantía en los seis días siguientes, y la fianza o el aval habrán de constituirse dentro del tercer día a partir de la notificación de la resolución, incluso cuando el juez exija que se complemente la garantía ofrecida.

Los recursos de apelación a que se refieren los artículos anteriores deberán interponerse en el plazo de cinco días, salvo que esta Ley fijase otro plazo distinto.

70 Art. 1722 «La Audiencia, o, en su caso, el Juzgado que hubieren dictado la sentencia o resolución recurrida podrá decretar su ejecución a petición de la parte interesada, aunque se haya interpuesto y admitido el recurso de casación, si dicha parte presta fianza o aval bancario suficientes para responder de cuanto se hubiere obtenido si se declarase procedente la casación».

Art. 1723, «Si la ejecución a que se refiere el artículo anterior se solicitare después de remitidos los autos al Tribunal Supremo, se acompañará la escrito solicitando la ejecución testimonio literal y

el aval bancario, al que antiguamente no se aludía; y si la ejecución provisional se solicita después de remitidos los Autos al Tribunal Supremo, al escrito solicitándola se acompañará testimonio literal y autorización de la sentencia o resolución recurrida, y cuantos particulares se estimen necesarios, que se obtendrán en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo⁷¹.

Pese a la generalización de la Ejecución provisional operada en virtud de la Reforma de 1984, y que tantas expectativas generó, sobre todo al considerarse que se terminaba con el criterio restrictivo y excepcional que la regulación provisional había tenido en nuestro país hasta la fecha, es lo cierto que en la práctica no tuvo tanta repercusión como se esperaba y que fue objeto de muchas y muy variadas críticas, algunas de las cuales vamos a poner de relieve.

En primer lugar, la sistemática seguida por la reforma de 1984, presentaba bastantes dificultades, atribuibles algunas al modo en que se había formado su regulación. Efectivamente, la ejecución provisional hasta ese momento fue el resultado de una superposición del régimen originario de la L.E. Civil, contenido en el art. 1786 –relativo a la ejecución provisional pendiendo el recurso de casación– y que quedó derogado, modificándose, aunque no significativamente, los arts. 1722 y 1723, al que se sumó la más amplia reforma contenida en la regulación del art. 385, haciendo extensible la ejecución provisional a las sentencias de primera instancia contra las que se hubiere interpuesto un recurso de apelación, y ello sin eliminar el sistema de los efectos del recurso de apelación, pues, como se ha dicho, hasta ese momento, la ejecución provisional de las sentencias dictadas en primera instancia podía obtenerse en función de la admisión del recurso en un solo efecto en los casos previstos en la ley⁷²; con lo cual, la regulación era sumamente compleja, ya que ambos sistemas han coexistido hasta la reciente ley 1/2000⁷³.

autorización de la sentencia o resolución recurrida y de cuantos particulares se estimen necesarios, los que se obtendrán de la Sala Primera del Tribunal Supremo».

71 Respecto de la regulación de la Ejecución provisional en la Reforma de 1984, Cfr. DE LUNA GUERRERO J. "El Sistema de Recursos y la Ejecución Provisional en el Proyecto de Ley de Reforma Urgente y Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil", cit. págs. 868-869. MORENO MEYERHOFF P. "La Ejecución Provisional (la reforma del art. 385 de la L.E.C.)", cit., págs. 107-124. ORTELLS RAMOS M, en relación a las innovaciones introducidas por la reforma de 1984 en la ejecución provisional, *Comentarios a la Reforma Ley de Enjuiciamiento Civil*, CORTES DOMÍNGUEZ V. (Coord.), Edit. Tecnos, 1985, págs. 280-294. SERRA DOMÍNGUEZ M. "Comentarios a los arts. 1722 y 1723 de la L.E. Civil", *Ibidem*, págs. 933-939. GARCIA PEREZ "Problemas Prácticos derivados de la Ejecución Provisional de Autos y Sentencias objeto de Recurso de Apelación (arts. 385 L.E.C.)", cit., 1993.

72 En los interdictos de retener y recobrar la posesión (arts. 1659 y 1685 LEC); en las sentencias que ratificaban la suspensión de obra nueva en el interdicto del mismo nombre (art. 1668, 2º); en las sentencias de remate dictadas en el juicio ejecutivo (art. 1479 LEC); en el deshaucio rústico (art. 1, LAR de 10 de Noviembre de 1942); en los alimentos provisionales (art.1615 LEC); en el arbitraje (art. 31 de la Ley 22 de Diciembre de 1953 sobre arbitraje) y en la impugnación de acuerdos sociales de las S.A. (art. 70.10 LSA).

73 Cfr. ORTELLS RAMOS M. "Para la Reforma de la Ejecución Provisional en el Proceso Civil", cit., págs. 283-284. CABALLO ANGELATS L. "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", cit., pág.114.

En segundo lugar, la regulación del art. 385 de la LEC puso de manifiesto muchos interrogantes en torno a cuestiones como las resoluciones susceptibles de ejecución provisional; la legitimación en los casos de adhesión a la apelación del originariamente apelado, la cuantificación de la fianza exigible al ejecutante, el control del tribunal *ad quem* sobre las resoluciones que conceden o deniegan la ejecución provisional; la posibilidad o no de ejecutar provisionalmente los pronunciamientos sobre alimentos, visitas o uso de la vivienda en los procesos sobre el estado civil, cuando la sentencia es apelada; la posibilidad de ejecutar provisionalmente conceptos como el de costas; o los efectos de la revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada, en torno a su alcance, eventual nulidad, valoración de los perjuicios etc.⁷⁴.

No obstante, la regulación de la ejecución provisional a partir de la reforma de 1984 supuso un cambio de orientación en los principios que hasta ese momento habían regido esta institución, a saber: la equivalencia de los términos de firmeza y ejecutabilidad, ya que se partía de la idea de firmeza para proceder a ejecutar, con lo cual, hasta ese momento parece que los términos de ejecutabilidad y firmeza fueran equivalentes; y la idea de la configuración del proceso civil como un enjuiciamiento de doble instancia, y la posibilidad de que un juez superior pueda revisar la sentencia dictada por un inferior, protegiendo el ejercicio del derecho a los recursos, aún cuando éstos se interpusieran con ánimo dilatorio.

A partir de la reforma de 1984, ya se entiende que firmeza y ejecutabilidad son dos cuestiones diferentes, admitiéndose por la vía de los arts. 385 y 1722, la ejecución provisional de sentencias dictadas en primera o segunda instancia, aunque sobre ellas se hubiera interpuesto recurso de apelación o casación. Y, respecto de la prevalencia del derecho del actor en relación a la ejecución provisional, ya que obtiene la tutela de un derecho que todavía está cuestionado, aparece la excesiva duración de los litigios y la utilización indebida del derecho a los recursos como instrumento dilatorio del que ha sido condenado, fundamentos de la ejecución provisional en la reforma de 1984⁷⁵.

A todo ello hay que unir la Doctrina del Tribunal Constitucional con relación a las críticas vertidas, en tanto que parecía que la ejecución provisional vulneraba, no sólo el antiguo art. 919 de la L.E. Civil que establecía el principio de ejecución de las sentencias cuando adquirieran firmeza, sino también el art. 118 de la C.E. que sólo reconoce el cumplimiento de las sentencias y resoluciones judiciales **firmes**⁷⁶. De esta manera se llegó a decir que la modificación introducida en la ejecución provisional por la Ley 34/1984 tenía un carácter regresivo y difícilmente armonizable con los derechos a la igualdad, a la seguridad jurídica, a la tutela efectiva y al derecho de defensa reconocidos en los arts. 9.14 y 24 de la C.E., y que el art. 9.3 de la Constitución garantiza el principio de seguridad jurídica y el art. 118 C.E. reconoce

74 Cfr. ARMENTA DEU T. "La Ejecución Provisional", cit., pág. 16.

75 Cfr. *Ibidem*, págs. 19 y 20.

76 El Tribunal Constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones, a propósito de la aplicación del art. 118 de la CE, que la ejecución de las sentencias firmes es un derecho fundamental constitucionalmente reconocido. Así, las sentencias 2/1983 de 24 de Enero, 67/1984 de 7 de Junio y 15/1986 de

que es obligado «cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales», y, por ello, se afirmaba que la firmeza constituía, al menos desde la óptica constitucional, presupuesto insalvable para la ejecución de las sentencias⁷⁷.

Sin embargo, entendemos que la Doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la consideración del derecho a la ejecución de las sentencias y demás resoluciones firmes como un derecho fundamental (tal y como ya se indicó, por lo demás, al hablar de la tutela ejecutiva), nada obsta a la posibilidad de la ejecución provisional. En este sentido, el Tribunal Constitucional también ha declarado que la ejecución provisional no es un derecho fundamental⁷⁸ (como sí lo es el derecho a la ejecución absoluta) de los comprendidos en el art. 24 de la CE, sino que es un derecho de configuración legal, sometido, por tanto, a las condiciones y los requisitos que el legislador ordinario establezca para admitir o no su procedencia. Por tanto, ni existe un derecho constitucional a la doble instancia en el proceso civil, ni, caso de existir, tienen los recursos que tener el doble efecto, devolutivo y suspensivo, que, en ocasiones la ley les reconoce⁷⁹.

Una correcta interpretación constitucional del art. 118 de la Constitución supone que, en tanto no existe un deber constitucional de ejecutar las sentencias y resoluciones no firmes, puede el legislador ordinario configurar normativamente la ejecución provisional de las sentencias y resoluciones no firmes, sin que ello entrañe vulneración del principio de defensa, ya que el derecho de defensa se ha podido ejercitar por el demandado durante la tramitación de toda la primera instancia. Tampoco entraña una vulneración del principio de presunción de inocencia, pues, aunque el Tribunal Constitucional⁸⁰ ha declarado que este principio es de aplicación en cualquier proceso, no solo en el proceso penal, es lo cierto que en el ámbito del proceso civil tiene una vigencia limitada a los supuestos en los que el reconocimiento

31 de Enero. Esta última citada dice: «El art. 9.3 de la Constitución...equivale a certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados... El obligado cumplimiento de lo acordado por los jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho y, como tal, es enunciado y recogido en el art. 118 de la Constitución. Exigencia objetiva del sistema jurídico, la ejecución de las sentencias y demás resoluciones que han adquirido firmeza también se configura como un derecho fundamental».

77 En este sentido, Cfr. MOZO MUELAS R. "Razones que hacen desaconsejable e ineficaz la Ejecución Provisional de las Sentencias", cit., pág. 959.

78 Vid. SSTC 105/1997 y 42/1982. Un análisis de estas cuestiones en VARELA GOMEZ B. "El Derecho a los Recursos en su Configuración Constitucional", Justicia, 1991; y ARMENTA DEU T. "El Derecho a los Recursos (su Configuración Constitucional)", Revista General de Derecho, 1994.

79 Cfr. ORTELLS RAMOS M. "Para la Reforma de la Ejecución Provisional en el Proceso Civil", cit., pág. 279. ARMENTA DEU T. "La Ejecución Provisional", cit., pág. 21.

80 La STC 13/1982 de 1 de Abril, establece: «el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se basa en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio de los mismos o limitativo de sus derechos».

de plena eficacia a la sentencia no firme aún no representa la definitiva destrucción de aquella presunción⁸¹.

Contrario sensu, la ejecución provisional encuentra su base constitucional en el derecho a la tutela judicial efectiva y en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (arts. 24. 1 y 2 de la CE). Por tanto, no es incompatible con la Constitución la ejecución provisional y la eficacia de las resoluciones recurridas siempre que se garantice la efectividad de la sentencia dictada en la segunda instancia por el Juez superior. De tal forma, que la Constitución no impide la eficacia de las resoluciones recurridas, aunque sí condiciona la forma en que esta ha de ser prevista por el legislador. Por otro lado, el efecto suspensivo de los recursos será contrario a la Constitución en todos aquellos supuestos en los que por el objeto que se somete a la consideración judicial no admita dilaciones sin hacer completamente inútil la tutela que se pretende⁸².

En cualquier caso, pese a la generalización que supuso la reforma de 1984, la ejecución provisional siguió teniendo carácter excepcional frente al efecto suspensivo de los recursos. Esta orientación ha ido evolucionando en la Doctrina y en la jurisprudencia y, precisamente, este cambio de orientación ha propiciado la nueva regulación de la LEC 2000 en esta materia, en la que ya no existe el efecto suspensivo de los recursos.

III. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN LA VIGENTE LEC 1/2000

1. Características Generales

Como se ha puesto de relieve en las páginas precedentes, la ejecución provisional es una institución que ha sido objeto de una progresiva ampliación y transformación en el ámbito del proceso civil español, en la que cabe distinguir tres etapas.

Primeramente, la L.E. Civil de 1855, como ya se expuso, 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

81 En el ámbito civil, sólo podría haber limitación a la ejecución provisional en relación a aquellos procesos que como los relativos a la patria potestad, exclusión de los padres adoptivos de sus funciones tuitivas y otros derechos respecto al adoptado; la revocación de donaciones por ingratitud, indignidad para suceder o desheredación, ha de mantenerse la presunción de inocencia, como consecuencia de la indisponibilidad del objeto y las normas materiales de aplicación. Cfr. ORTELLS RAMOS M. "Para la Reforma de la Ejecución Provisional en el Proceso Civil", cit., pág. 280.

82 Ampliamente, sobre estos particulares, Cfr. CABALLO ANGELATS L. "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", cit., págs. 64-73. ORTELLS RAMOS M. "Para la Reforma de la Ejecución Provisional en el Proceso Civil", cit., págs. 278-280. ARMENTA DEU T. "La Ejecución Provisional", cit., págs. 19-22.

instancia, estableciendo una regulación que fue sustancialmente recogida en la L.E. Civil de 1881 (art. 1786, en su redacción inicial).

Posteriormente, como también se ha indicado, en la reforma de la Ley 34/1984, introdujo un nuevo art. 385, que permitió la ejecución provisional de las sentencias dictadas en primera instancia que fueran objeto de recurso de apelación, pero con un carácter restrictivo, ya que, aparte del limitado plazo de seis días contados a partir de la notificación de la interposición del recurso para instarla, había también restricciones en la legitimación activa, pues sólo permitía instarla por la parte apelada, y ello sin contar con la preceptiva prestación de fianza a cargo del solicitante.

Por último, la aprobación de la L.E. Civil 1/2000 inaugura una nueva fase en el desarrollo de la ejecución provisional, que supone una transformación muy importante en el sistema tradicional de la LEC. 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 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 impugnada⁸³.

83 Cfr. LACABA SÁNCHEZ F. "Ejecución de Sentencias en la nueva LEC: Hipotética Responsabilidad del Estado Legislador", cit., pág.2. GARBERI LLOBREGAT J. (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., pág. 253-

Así, pues, grosso modo, y, 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 recurso⁸⁴.

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 regulación⁸⁵.

2. Concepto y Clases

Como regla general la actual 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 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. Este último

254. DIEZ PICAZO JIMÉNEZ I., con DE LA OLIVA SANTOS A./VEGAS TORRES J., "Derecho Procesal Civil", cit., t. II, págs. 359-360. CAMARA RUIZ J. con ORTELLS RAMOS M. y OTROS, "Derecho Procesal Civil", Edit. Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 943-944.

84 Cfr. DAMIAN MORENO J. "Comentarios a los arts. 524 a 537 LEC", *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 2497.

85 Cfr. ARROYO GARCIA S. óp. cit., pág.496.

supuesto es el de la ejecución provisional, es decir, de ejecución de una resolución que no ha adquirido firmeza⁸⁶.

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 es 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 condena⁸⁷. 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 impugnados⁸⁸.

86 Cfr. MORENO CATENA V. Con CORTES DOMÍNGUEZ V./GIMENO SENDRA V. "Derecho Procesal Civil", cit., pág. 475.

87 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. DIEZ PÍCAZO JIMÉNEZ I., con DE LA OLIVA SANTOS A./VEGAS TORRES J. "Derecho Procesal Civil", cit., tomo II, pág. 362.

88 Esta es la opinión de DIEZ PÍCAZO 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, pág. 521 y la de ARMENTA DEU T. "La Ejecución Provisional", cit., págs. 51-52. Sin embargo MONTERO AROCA J. "Derecho Jurisdiccional", cit., pág. 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, pág. 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 las resoluciones de alcance meramente interlocutorio no pueden ser objeto de ejecución provisional⁸⁹.

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 laboral⁹⁰.

89 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.

90 Cfr. CABALLO ANGELATS L. "La Ejecución Provisional en el Proceso Civil", cit., págs. 53-54.

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 efectos⁹¹. 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 apelación⁹².

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 mera solicitud de la parte y el cumplimiento de una serie de requisitos o presupuestos.

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 efectos⁹³.

91 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.

92 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».

93 Cfr. ARMENTA DEU T. "La Ejecución Provisional", cit., págs. 48-49.

3. Presupuestos de la Ejecución Provisional

Los presupuestos de la ejecución provisional vienen establecidos en los art. 526 de la LEC, y se refieren a la existencia de una resolución susceptible de ejecución provisional, solicitada siempre 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 ejecución⁹⁴.

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)⁹⁵.

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

94 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., pág. 540.

95 Cfr. DAMIÁN MORENO J., "Comentarios a los arts. 524 a 537 LEC", *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, LORCA NAVARRETE (Director), cit., pág. 2500.

ejecución, puesto que ésta no tiene porque alcanzar a todos los pronunciamientos de la sentencia. 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 (porqué 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 (art. 527.3)⁹⁶.

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 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 hacían que fuera un obstáculo prácticamente insalvable⁹⁷.

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 Doctrina⁹⁸, 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

96 Cfr. IDEM en *Ibidem*, pág. 2500.

97 Cfr. CABALLO ANGELATS L, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*, GOMEZ DE LIAÑO F. (Director), cit., pág. 638. IDEM, "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, pág. 27.

98 Vid., al respecto SERRA DOMINGUEZ M. "La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil", cit., pag. 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.

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 impartición 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 dilatorios⁹⁹.

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 insolvente¹⁰⁰.

No obstante, este modo de iniciar la ejecución provisional sin prestación de fianza, no representa, por sí mismo, la asunción de un riesgo adicional, sino que lo que determinará en la práctica que el nuevo modelo sea satisfactorio, es el que durante su desarrollo se contemplen mecanismos que impidan que la ejecución continúe cuando resulte acreditado que no será posibles restituir, en la forma establecida en la ley, si la revocación tiene lugar. 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 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 exige 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 el actual sistema tiene una doble finalidad: cuando la presta el ejecutado suspende el curso de la ejecución

99 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

100 Cfr. VAZQUEZ SOTELO J.L. "Ejecución Provisional y Medidas Cautelares", *El Proceso Civil y su Reforma*, cit., pág. 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, pág. 123.

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 trascendencia¹⁰¹.

4. El Procedimiento de la Ejecución Provisional

La Ley de Enjuiciamiento Civil deja claramente establecida la naturaleza ejecutiva de la ejecución provisional, como lo demuestran:

- 1) 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 provisionalmente, el momento procesal para solicitarla, la oposición a esta ejecución y, especialmente, los efectos que produce la revocación de la sentencia recurrida y ejecutada.
- 2) 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).

101 Cfr. CABALLO ANGELATS L., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*, GOMEZ DE LIAÑO F. (Coord.), cit., págs. 638-639. IDEM, "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la Ley 1/2000*, CUEVILLAS SAYROL J. A. (Coord.), cit., págs. 27-29.

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»¹⁰².

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*».

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.

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.

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.

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 tratase de sentencia comprendida en el art. 525 (es decir, sentencia inejecutable), o si no contuviere pronunciamiento de condena a favor del solicitante.

Frente al Auto que despacha la ejecución, el obligado podrá adoptar cualesquiera de las tres clásicas posturas frente a requerimientos jurisdiccionales de esta naturaleza;

102 GARBERÍ LLOBREGAT J. (Director), *Los Procesos Civiles*, cit., pág. 256.

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.

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 estructurales¹⁰³.

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.

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)¹⁰⁴.

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

103 Cfr. CABALLOL ANGELATS L. "La Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales", cit., Pág. 45. IDEM, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*, GOMEZ DE LIAÑO F. (Coord.), cit., pág. 643. IDEM, "La Oposición a la Ejecución Provisional", cit., pág. 222.

104 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., págs. 2508-2509.

en caso de revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente. Es decir, se centra el debate, como ha puesto de relieve la Doctrina¹⁰⁵, 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 provisional¹⁰⁶.

La oposición se tramita como un incidente. Cabe distinguir la oposición al despacho de la ejecución provisional y la oposición a la continuación de la ejecución provisional.

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).

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.

Esta oposición 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.

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

105 IDEM en *Ibidem*, pág. 2509. También CABALLOL ANGELATS L., "La Oposición a la Ejecución Provisional en la LEC 2000", cit., pág. 228.

106 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

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.

El escrito de oposición deberá articularse en forma de demanda incidental, debiendo fundarse y acompañarse los documentos que acrediten los hechos alegados.

Admitida la demanda de oposición, del escrito de oposición a la ejecución y de los documentos acompañados se dará traslado al ejecutante y a quienes estuvieren personados en la ejecución provisional, para que, manifiesten y acrediten, también en plazo de cinco días, lo que consideren conveniente¹⁰⁷.

En este trámite de alegaciones es el momento en que tanto el ejecutante 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. Contra el Auto que decida sobre la oposición a la ejecución provisional o medidas ejecutivas concretas no se dará recurso alguno (art. 530 LEC).

Siendo la ejecución provisional una ejecución condicionada, sometida a la *condictio iuris* de la confirmación o no revocación de la sentencia no firme que sirve de título a esta clase de ejecución, 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.

Por ello, 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

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., págs. 7-10.

¹⁰⁷ Aquí 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.

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 LEC¹⁰⁸.

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.

Podemos concluir diciendo que, en definitiva, la actual regulación de la Ley va equilibrando los diferentes intereses y circunstancias objetivas en conflicto, y así, configura diversamente la oposición dineraria a la no dineraria; se prescribe ofrecer medida alternativa y prestación de caución, en los casos de oposición a las concretas medidas ejecutivas en la ejecución dineraria; se establece la suspensión de la ejecución provisional cuando se estime que, en caso de revocación de la sentencia, será imposible o muy difícil restaurar la situación o garantizar el resarcimiento mediante la caución que el oponente se ofrezca a prestar; y se declara no recurrible el auto que decida la oposición. Toda 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 ejecución¹⁰⁹.

Finalmente, aludir al hecho de que el 3 de Octubre de 2003, el Partido Popular presentó en el Senado una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil para impedir la ejecución provisional de las sentencias de carácter indemnizatorio que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad familiar y a la propia imagen, cuando sean dictadas en primera instancia. Este reforma, propuesta a través de una Enmienda, se justifica en la Recomendación hecha por el Defensor del Pueblo el 19 de Febrero de 2003, de modificar la LEC "en el sentido de que no sean ejecutables provisionalmente las indemnizaciones establecidas en las sentencias condenatorias por violación de los citados derechos, cuando estos hayan entrado en colisión con la libertad de información, sin perjuicio de la ejecución inmediata de los contenidos no indemnizatorios". En la Enmienda también se hace referencia a la Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la improcedencia de la Ejecución de sentencias con

108 PÉREZ GORDO A. "La Ejecución provisional en el Proceso Civil", cit., pág. 127; ORTELLS RAMOS M. "Comentario al art. 385", *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, 1985, pág. 297. DIEZ 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, tomo II, pág. 1103.

109 Cfr. ARMENTA DEU T. "La Ejecución Provisional", cit., págs. 32-33.

carácter provisional ante el daño irreversible que pueden causar en relación con el derecho a la libertad de expresión¹¹⁰.

110 Cfr. Diario de Noticias La Ley de 10 de Octubre de 2003.