

PROBLEMAS PRÁCTICOS DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE AUTOS Y SENTENCIAS OBJETO DE RECURSO DE APELACIÓN

(ARTÍCULO 385 DE LA L.E.C.)

GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto
Magistrado

PROPÓSITO

Consignándose expresamente en los Estatutos de la Institución "Gran Duque de Alba", la competencia de la misma en orden a la investigación y la cultura así como el fomento de estudios e investigaciones y la difusión de conocimientos a todos los niveles, y corriendo en los actuales momentos un preponderante interés social sobre las decisiones de los Juzgados y Tribunales que afectan a temas, inquietudes y preocupaciones latentes en el ámbito de la Comunidad, la Sección de Derecho de esta Institución ha decidido tomar la tarea de divulgar, analizando su contenido y comprensión, aquellas decisiones judiciales, preferentemente sentencias, que encierran ese interés general o esa proyección social suficiente para que atraiga la atención de los ciudadanos o al menos de una gran parte de los profesionales o expertos tanto en la rama específica del Derecho como en la de sus ciencias afines, y que hoy frecuentemente impregnan su contenido, como la sociología, la psiquiatría, la psicología o la antropología, o cualquier otra ciencia de la conducta humana.

Es propósito el tratamiento, tanto de las decisiones judiciales de los tribunales y juzgados de Ávila capital, y de su provincia, como las del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional o tribunales superiores o de otra

índole de las diversas comunidades autónomas, siempre que respondan a las premisas expuestas.

Esperemos que esta nueva fase de trabajos sirva de utilidad a quien la precise y cumpla un servicio más de los que a su cargo vienen tomando, con el mejor deseo de proyección hacia la comunidad, todos los componentes de la Institución.

1. IDEAS GENERALES

Hace ya varias décadas que CHIOVENDA puso de manifiesto que si en el proceso existiera una sola decisión irrevocable, de un solo Juez, la sentencia sería a la vez definitiva y ejecutiva, esto es, coincidirían conocimiento definitivo y ejecutoriedad, pero, como ello no es así, dado que, para obtener la mejor decisión posible, se admite la posibilidad de impugnar la sentencia ante varias instancias sucesivas (apelación, casación —si bien ésta con las peculiaridades propias de su intrínseca naturaleza—), resulta que la coincidencia entre conocimiento definitivo y ejecutoriedad no se consuma, sino cuando la primera recofencia adquiere firmeza, lo que viene a suceder, de ordinario, bien por el transcurso de los plazos legales sin ejercicio de medio impugnatorio alguno, por su caducidad o renuncia a la apelación, o por lo que es más frecuente, por la confirmación de la resolución recurrida por el órgano superior competente para ello.

Es precisamente en el marco de juego en que se yuxtaponen ambos conceptos, en el que ha de insertarse el fenómeno o instituto procesal de la ejecución provisional (en la denominación o terminología de varios sectores doctrinales, «ejecución condicionada» o «anticipada» de sentencia, en cuanto que, a la postre, no conlleva sino la posibilidad y permisión de que una sentencia definitiva —pero no firme— aun haya sido refutada y atacada mediante la utilización del medio impugnatorio de que se trate (recursos de apelación o casación), pueda ser ejecutada forzosamente de modo inmediato, «a sabiendas» de que pueda resultar a posteriori que el derecho a la prestación que en aquella resolución fue declarado devenga inexistente por denegarse expresamente, contrariando lo resuelto por el órgano inferior o «a quo». Esta idea, expresada en groseros trazos, es la que subyace en las construcciones dogmáticas que tratan de explicar el fenómeno bajo los arquetipos de la sumisión de la resolución a una «condición suspensiva» o «condición resolutoria», etc., pues se opte por una u otra vía, es lo cierto que siempre supone mediatizar el principio, a priori inmutable, que afirma que sólo son susceptibles de ejecución las sentencias firmes de condena (embebido, por ejemplo, en el artículo 919 de la Ley Procesal Civil), en razón de la inalterabilidad que las caracteriza (cosa juzgada formal, etc).

No es propósito de esta comunicación desmenuzar los motivos y razones que la legislación comparada tuvo hace ya bastantes años para

acoger favorablemente esta figura, bastándonos con retener que se proyectó encaminada a dotar de mayor eficacia a la Administración de Justicia, sirviendo de freno y de dique frente a los impulsos de los litigantes temerarios y sin escrúpulos, que, de siempre, venían abusando del mecanismo del recurso como táctica dilatoria y de burla de los derechos de la contraparte vencedora...

También en esta línea, y ante la invocada necesidad repetidamente patentizada por la mayoría de nuestros procesalistas, el legislador español —como es de sobra sabido— decidió —al operar la reforma parcial de la vieja ley procesal en fecha 6 de agosto de 1984— establecer en nuestro ordenamiento procesal una NORMA GENÉRICA de acogimiento de la ejecución provisional de las sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia y recurridas en apelación; norma insertada en la actual redacción del artículo 385, que es el que ocupará nuestra atención a lo largo de este trabajo.

Ni qué decir tiene que la ejecución provisional de sentencias no era algo desconocido en nuestro Derecho hasta ese momento, por cuanto que respecto a las sentencias dictadas por las Audiencias y recurridas en casación, el instituto venía de antiguo consagrado legalmente, primero en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (artículos 1.068 a 1.071 de la misma) y, segundo, en la vigente de 1881 (primitivo artículo 1.786 y concordantes, y actuales 1722 y 1723); y todo ello con independencia de otra serie de supuestos específicos y particulares a los que la propia Ley dota de inmediata ejecutividad sin necesidad de declaración judicial alguna, en atención a las propias previsiones legales que permiten que el recurso interpuesto o a interponer contra determinadas resoluciones definitivas hayan de admitirse en un único efecto —el devolutivo, pero no el suspensivo—, cual es el caso, por ejemplo, de lo que ocurre en el juicio de alimentos provisionales (art.º 1.615 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en los interdictales de retener y recobrar, de obra nueva... (art.º 1.659 y siguientes) etc.

Importa, sobremanera retener que la ejecución provisional, como mecanismo procesal, no está reñido, sino que es compatible, con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y, en este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ya la oportunidad de reiterar que tal clase de ejecución ni violenta ni restringe tal derecho fundamental, dado que es facultad o potestad reservada al legislador la del establecimiento o arbitrio de medidas o medios de ejecución anticipada a los fines de política procesal que considere oportunos (doctrina sentada fundamentalmente en los autos 416 de 1984, 736 de 1986 ó 418 de 1 de abril de 1987).

El análisis de la norma cuestionada —artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— por la doctrina es profuso en los últimos años, ofreciendo un cuerpo de afirmaciones disperso y no coincidente, que se refleja en el propio ámbito de la Jurisprudencia, que tampoco ha consolidado criterios uniformes, indiscutibles, y servibles para colmar las deficiencias y lagunas

que la norma presenta. Tal es así, que pese a los años transcurridos desde su entrada en vigor –casi diez– entendemos honestamente que siguen vivos hoy día la mayor parte de los problemas interpretativos que planteó desde su promulgación y que ello ha conllevado un desapego hacia ella de los juristas, deviniendo su uso cada vez menos frecuente y mostrándose su aplicación más pobre y con resultados más discretos que los que el legislador planificó al darle vida.

De alguna de esas lagunas, deficiencias y contradicciones –objeto ya de viva polémica entre los procesalistas– quiere hacerse eco esta comunicación, no tanto desde la perspectiva que aquéllos han puesto de relieve, magníficamente, sino del práctico punto de vista del aplicador del Derecho que en su vida diaria busca sólidas bases que le ofrezcan una respuesta adecuada y justa al caso concreto. Es por ello que alejándonos de cualquier deseo erudito, se trate –a salvo de las irremediables referencias puntuales– de suscitar el debate y provocar –en la medida de lo posible– la reflexión conjunta de los asistentes, a la vista del ramillete de resoluciones que se han acotado al efecto (apenas una treintena) y que han afrontado algunas de las cuestiones más conflictivas; mediante su incorporación y examen desde luego asistemático y resumido.

2. MENCIÓN A LAS CUESTIONES MÁS CANDENTES Y PUNTUALES

2.1. Resoluciones susceptibles y no susceptibles de Ejecución Provisional

1.–El precepto cuestionado no puede entenderse si no se mantiene siempre en íntima conexión con el precedente –artículo 384–, el cual, sienta el postulado general de la admisión en doble efecto de los recursos de apelación que se interpongan contra las sentencias definitivas dictadas en toda clase de juicios –salvo mandato legal en contrario– y contra autos que pongan término al juicio haciendo imposible su continuación; interconexión que la propia dicción de la norma se encarga de resaltar («Las resoluciones a que se refiere el artículo anterior que hubiesen sido objeto de recurso de apelación, **podrán...**, no obstante...») a fin de fijar de antemano el marco formal general en que se inserta, pasando en sus tres primeros apartados o párrafos a describir, bajo un sistema –que denominamos de admisión libre, de admisión condicionada y de denegación– el ámbito objetivo y normativo de aplicación de la norma. Así, en el primer párrafo o apartado, concreta que las sentencias definitivas y autos que ponen fin al juicio, cabe ejecutarlos, 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»; concreción que pese a su aparente sencillez, no ha provocado sino dudas y variados interrogantes, destacando en especial el referido a si constituye una pauta de discrecionalidad para el Juzgador, o es preceptiva su concesión una vez medie la oportuna petición de parte.

En otras palabras: ¿es posible y puede afirmarse que el Juzgado ante una sentencia de tal naturaleza –condenatoria al pago de suma líquida o liquidable fácilmente– puede denegar la ejecución provisional que se le insta, o viene inexcusablemente obligado a despacharla?

En este punto, y en un esfuerzo de síntesis integrador, dos son las opciones doctrinales que principalmente se manejan, una que mantiene que la concesión de la ejecución es obligatoria, porque la exégesis del precepto en todo caso impone su inexcusable acuerdo –si se ha solicitado por el legitimado para ello– y no permite margen de libertad y valoración algunas al Juzgador hasta el punto de poder denegarla (así MORENO CATENA, ORTELLS RAMOS, MONTERO AROCA, SERRA DOMÍNGUEZ); y otra –cuyos representantes más cualificados serían FERNÁNDEZ LÓPEZ y VALLS GOMBAU– que bajo un abigarrado repertorio de argumentos –sobre los que no nos vamos a detener– sostienen que la decisión es discrecional y no imperativa y que siendo objeto de examen por el Juzgado, éste debe a la hora de su otorgamiento o denegación modular las conductas de las partes en el proceso, ponderando los elementos en juego, valorando los factores concurrentes de justicia extrínseca, en atención a que aquí el título ejecutivo nace «ope iudicis» y no «ope legis».

Jurisprudencialmente, el problema se muestra confuso, al menos si se trata de dar una respuesta coherente con validez general y, en nuestra modesta opinión, la hermeneútica y el propio alcance de la norma impone mantener que estamos ante un supuesto en que aun no resultando imperativa para el órgano judicial, sí que constriñe fuertemente el arbitrio judicial. Quiere decirse que ante una solicitud de parte –pues en modo alguno cabría llevarlo a cabo de oficio– interesando la ejecución provisional de una sentencia que comporta una condena al pago de una cantidad líquida de dinero (sin más matizaciones o añadiduras), difícilmente el Juzgador podrá sustraerse a la misma y rechazarla, so pena de no incurrir en pura arbitrariedad, siempre –claro está– que el solicitante cumpla escrupulosamente con los requisitos y cargas que la misma le impone (petición en plazo, ofrecimiento de constitución de fianza o aval, efectiva prestación de estos últimos, etc.), entendiéndose que, precisamente son estos aspectos los que se someten a la crítica y depuración judicial y no tanto los motivos o razones que asisten al solicitante para hacer uso del derecho que le brinda la norma.

No se nos olvida que la casuística supera los estrechos corsés en que quiso definirse el legislador dado que son frecuentes los casos de sentencias condenatorias al pago de cantidades dinerarias que exigen su concreción y liquidación en posterior incidente, otras que fijan ya las bases correspondientes para su determinación, otras con condena a reserva del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en las que la denegación o admisión de su ejecución ya sí que forzosamente viene sometida a la pura interpretación del órgano judicial, que ha de tipificar su encaje o desencuentro con el precepto.

Esta posición creemos es la que más se ajusta a la naturaleza del instituto y se acomoda a lo que ha sido —analógicamente— la doctrina de nuestro Tribunal Supremo en materia de ejecución anticipada de sentencias dictadas en segunda instancia y recurridas en casación.

Este Alto Tribunal, que ha tenido oportunidad de plantearse repetidamente en los últimos años el problema de la aplicabilidad del artículo 385 en el orden contencioso administrativo, ha venido a afirmar el carácter extraordinario de la ejecución provisional de sentencias dictadas en primera instancia, al establecer la norma una REGLA GENERAL y dos REGLAS ESPECIALES, una PERMISIVA y otra PROHIBITIVA; la general descrita en el apartado segundo y referida a cualesquiera clase de sentencia, en que el arbitrio del Juzgador es cuasiabsoluto pues él debe ponderar si es reparable o irreparable el perjuicio que pudiera irrogarse con la ejecución de la misma; la especial permisiva, que es la que hasta este momento venimos comentando (sentencias de condena al pago de cantidades líquidas); y la especial prohibitiva, del apartado tercero, (sentencias recaídas en juicios sobre paternidad, filiación, etc). (Autos, todos ellos de la Sala 3ª, de 13-XII-1989, Aranzadi 9.404; de 11-I-1990, Aranzadi 159; 20-III-1990, Aranzadi 2.245; 23-IV-1991, Aranzadi 3.516; 11-1-1993, R.G.D. 1993, pp. 1.653-1.655).

2.—Especialmente esclarecedora nos parece la doctrina contenida en la sentencia de 12 de junio de 1989, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, (R.G.D. 1990, pp. 1.038), al afrontar la temática de las sentencias que condenan al «pago de daños y perjuicios, sin fijar su importe en cantidad líquida», negando su ejecutabilidad anticipada por no comprenderse ni en la regla especial permisiva, ni en la general, por cuanto que si el artículo 385, en su primer párrafo, excluye las sentencias que sostengan una condena al pago de cantidad líquida, también excluirá los pronunciamientos condenatorios al pago de daños y perjuicios, sin fijar su importe en cantidad líquida, al no ser: "...posible entender que estos últimos puedan incluirse entre los pronunciamientos de *objeto o naturaleza diferente* a que se refiere el párrafo segundo, porque respecto a éstos, habrá que estar a si el perjuicio se considera o no irreparable, mientras que la condena al pago de cantidad líquida ES EJECUTABLE EN TODO CASO; y si la cantidad es ilíquida, una vez efectuada la correspondiente liquidación, tendría la misma naturaleza que si estuviera determinada en la sentencia...". Añade la resolución en otro considerando que lo que el legislador quiso al efectuar tal distinción en párrafos separados: "...fue admitir la posibilidad de ejecución solamente en aquellos casos en que es posible llegar al cumplimiento inmediato de la sentencia, sin necesidad de un procedimiento incidental, tal y como sucede en los supuestos de condenas al pago de cantidad determinada y líquida o de condena de hacer, o de no hacer, o de entregar alguna cosa...", de manera que (consecuencia práctica que nos interesa resaltar) aun en estos últimos, cuando se entienda que el condenado puede optar por el resarcimiento de

perjuicios según los artículos 924 y 925 de la Ley Procesal Civil, y haya de acudir a lo dispuesto en los artículos 928 y siguientes: "...habría que SUSPENDER LA EJECUCIÓN PROVISIONAL, por convertirse la condena en el pago de cantidad líquida, y exigir su determinación por la vía incidental con los correspondientes recursos...".

En conexión con ello, no parece existan especiales dificultades para sostener que en supuestos de pago de cantidades en parte líquidas y en parte ilíquidas, sea correcto admitir la pertinencia de la ejecución provisional de los primeros y negarla en lo que afecte a los segundos, al exigir éstos la necesaria liquidación en el correspondiente incidente; deviniendo más problemático y complejo su deslinde cuando tales pronunciamientos se entremezclan en la misma resolución con otros de muy divergente alcance y naturaleza, en cuyos casos la jurisprudencia se halla más dividida. A título de ejemplo pueden traerse a colación los autos de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de mayo de 1989 (R.G.D. 1989, pp. 7.048-7.408), y de la de Bilbao, Secciones 1ª y 3ª de 16 y 23 de julio de 1992. En el primero, se confirmó el otorgamiento y se declaró que es ejecutable provisionalmente la sentencia que condenaba al pago de la comisión que le correspondía a la parte actora sobre la cantidad en ella señalada, aun cuando tal sentencia no fijó el porcentaje concreto de esa comisión y lo difirió al período de ejecución de sentencia, al entenderse que no se vulneraba el 385, ya que tal porcentaje podría fijarse mediante un incidente para: "...así lograr la determinación de la cantidad líquida debida mediante una simple operación matemática". En los dos siguientes, analizándose la extensión objetiva del párrafo, se señala que en principio la ejecución provisional del importe de los intereses que se declaren en sentencia y aun de las costas, en la medida en que unos y otros pueden establecerse mediante un sencillo cálculo (en los primeros sí se establecen claramente y de modo preciso las bases para su liquidación) y en las costas porque su determinación depende de la aplicación de las normas orientativas profesionales del Colegio aportadas al efecto...

3.—Entrando en el comentario del párrafo segundo —la regla general, al decir del Tribunal Supremo— ha de indicarse de inmediato que el mismo, para esas "sentencias de objeto o naturaleza diferente" facilita al Juzgador, esta vez de modo explícito, un inicial parámetro a modular y ponderar inexcusablemente, cual es el de la estimación y seguridad de la falta de perjuicios irreparables para el ejecutado, como consecuencia de la ejecución anticipada; juicio de valor que una vez producido, supone que la irreparabilidad de los perjuicios que la ejecución provisional puede acarrear tiene mayor peso específico que el fin que persigue aquélla: evitar los efectos perniciosos que para la tutela judicial efectiva puede originar una demora excesiva en la tramitación de los recursos (piénsese, además, que el propio Tribunal Constitucional, cuando confirmó la constitucionalidad de la Disposición Adicional 1ª, apartado 4º de la L.O. 3/1989, de 21 de junio, amén de

diferenciar el instituto contenido en aquélla —depósito para apelar— de la ejecución provisional de sentencias, reconoció que ésta no consigue evitar el planteamiento de recursos infundados y dilatorios).

En todo caso, la doctrina —como no podía ser menos— concuerda unánimemente en la idea de la discrecionalidad del Juzgador en este punto y en que sólo la estimación de que la ejecución anticipada no acarreará perjuicios irreparables permitirá su concesión.

Se da por supuesto que la determinación de la reparabilidad o irreparabilidad de los perjuicios no siempre será tarea fácil, por ejemplo, cuando sea imposible en la realidad práctica concretar la cuantía de los mismos por no ser evaluables, etc., y habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto ante su indefinición inicial, rellenándolo con criterios flexibles y medidos, sin que quepan fórmulas polivalentes o integradoras. Con equilibrada prudencia, el Auto de 20 de septiembre de 1988 de la sala 2ª de la Audiencia Territorial de Madrid, tras recordar que es preceptiva la ejecución provisional de sentencias de condena al pago de cantidades dinerarias líquidas, añade que la ejecución de los fallos de otra naturaleza se subordina a que el Juez o Tribunal no estime irreparable el perjuicio que podrá irrogarse al condenado, de ser revocada la resolución a ejecutar, y por lo que aquí importa que en su arbitrio el juzgador no se sujetará a "criterios restrictivos o extensivos, ponderando, conocidos por su inmediación en el proceso y por el estudio de la totalidad de las actuaciones y pruebas al resolver, los probados elementos de hecho que inciden en la concreción de la ejecución provisional..."; otorgándola en el caso concreto por entender que no hay perjuicio irreparable aun el condenado se encuentre en situación de paro, pues el perjuicio consistiría en el pago del alquiler de una vivienda que tuviese que arrendar, y permitiendo la ejecución aun se alegaran junto a perjuicios económicos otros de orden moral.

Digamos nosotros, que la ponderación adecuada habrá de sopesar los intereses en conflicto, el de quien obtuvo la resolución favorable y quiere hacerla efectiva—no siendo firme—, y el del obligado a su cumplimiento que con el recurso admitido pretende revocar el fallo y su sustitución por otro bien distinto.

4.—Por su parte, el párrafo tercero —la denominada regla prohibitiva— aprehendería la relación de las sentencias no susceptibles de ejecución anticipada; según su tenor, las recaídas en juicios que versen sobre paternidad, maternidad, filiación, divorcio, capacidad, estado civil o derechos honoríficos, desprendiéndose de su inicial lectura, su rigidez y su aparente vocación de completar un círculo cerrado e inmutable. Si se toma como lista tasada por la que se veda la ejecución provisional, nada obstaría para poder formularse si el laudo arbitral es ejecutable de modo provisional, hipótesis ya acaecida y resuelta por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª, por Auto de 19 de octubre de 1989, en el sentido de afirmar

que los laudos arbitrales dictados al amparo de la derogada Ley de 1953 eran ejecutables provisionalmente cuando contra ellos se interpuso el correspondiente recurso, puesto que la citada Ley equiparaba el laudo a la sentencia; que aun no prevista en la nueva Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 tal posibilidad, pues guarda silencio, no cabe rechazarla de antemano cuando ésta se ha materializado, pues, la nueva ley junto a la ejecución forzosa sí permite e instituye medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquel laudo impugnado.

Sin embargo, el verdadero caballo de batalla en los últimos años ha sido el de la discusión acerca de la ejecutabilidad de los pronunciamientos contenidos en sentencias dictadas en los procesos matrimoniales, denotando la norma imprevisiones —deseadas o no, ése es otro problema— cual por ejemplo guardar silencio acerca de las sentencias recaídas en juicios que versen sobre la separación matrimonial; provocando una casuística más rica y digna de estudio. Y lo es, porque aunque apriorísticamente el párrafo que nos ocupa parece negar categóricamente la viabilidad de la ejecución provisional en procesos de tal naturaleza, son ya variadas las voces doctrinales (desde LÓPEZ MUÑOZ GOÑI a SIERRA GIL DE LA CUESTA, VALLS GOMBAU, etc.) y los pronunciamientos jurisprudenciales que vienen a admitirla, con más o menos restricciones, siempre dejando a salvo lo que constituye la respuesta a la pretensión básica o principal (la disolución del vínculo en el divorcio, la separación de los esposos en el correlativo) que a nadie se le ocurre pensar en su ejecución hasta la firmeza de la sentencia.

Debe centrarse el conflicto en el estudio de la ejecutabilidad provisional de las medidas inherentes a la separación, nulidad o divorcio, contempladas en el artículo 91 y concordantes del Código Civil, esto es, las que se refieren a la guarda y custodia de los hijos del matrimonio, a la atribución, uso y disfrute de la vivienda familiar, pensiones alimenticias a esposa e hijos y compensatoria para aquélla, administración de los bienes gananciales, etc., de las cuales, unas presentan acentuados perfiles patrimoniales y otras de orden personal y moral.

Una advertencia preliminar se impone: el solo planteamiento de esta hipótesis de trabajo está presuponiendo que en el caso no ha concurrido la previa adopción ni de las Medidas Provisionalísimas —o si se quiere provisionales previas a la interposición de la demanda— prevenidas en los artículos 1.881 y siguientes de la Ley Procesal Civil, ni las Provisionales coetáneas o simultáneas al proceso principal, dispuestas en el artículo 103 y concordantes del citado Código Civil, puesto que —de ser así— es doctrina pacífica y mayoritaria la que mantiene que tales medidas desplegarán sus naturales efectos hasta que alcance firmeza la sentencia principal que las haya confirmado o bien sustituido.

Con arreglo a ello, vamos a hacer referencia únicamente, en primer lugar, a tres resoluciones, ya arquetipo, y suficientemente difundidas, que

contundentemente rechazan toda posibilidad de ejecución provisional en los procesos de separación matrimonial, con apoyo en argumentos de muy diferente índole. Son éstas: la sentencia de 9 de marzo de 1988 de la extinta Audiencia Territorial de Oviedo (R.G.D. 1989 pp. 3.412); sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, de 27 de mayo de 1991 (R.G.D. 1992, pp. 2.037-2.038); y Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5ª, de 26 de mayo de 1990 (R.G.D. 1992, pp. 2.198 a 2.200).

La primera, hace especial hincapié en la consideración ya adelantada y que compartimos: el artículo 106 del Código Civil establece que los efectos y medidas provisionales terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo, y la Sala concluye que: "de dicho precepto se deduce que las provisionales subsisten y son de aplicación hasta que adquiera firmeza definitiva, lo que lógicamente excluye la posibilidad de ejecución provisional de ésta"... La segunda, que conoció de un recurso interpuesto contra la concesión de la ejecución provisional de una sentencia de separación instada por la parte apelada, para alcanzar el inmediato pago de la obligación alimenticia que le fue asignada a su favor a cargo de la contraparte, despliega una batería de argumentos para negar la admisión de la ejecución provisional de cualesquiera efectos derivados de la declaración judicial de separación o nulidad. Así, aboga por una interpretación no rituaría o literal del artículo 385, sino más bien sistemática y esta interpretación, más conforme a Derecho según la Sala, impone concluir que la enumeración contenida en su párrafo tercero ES ENUNCIATIVA Y NO TAXATIVA, de modo y manera que en su contenido quedan incluidas las sentencias recaídas en procesos de separación y de nulidad matrimonial, que vienen parificadas a las expresamente mencionadas (las de divorcio), pues todas afectan al estado civil de las personas, y vienen afectadas por la prohibición legal. A mayor abundamiento, se pone en entredicho la manoseada división de efectos de orden y contenido económico y no económico (caso de la guarda y custodia de los hijos menores), distinción que facilita para muchos la eliminación de toda traba a este respecto, indicándose que aun se predicará "ab initio" la admisibilidad de la ejecución de las cuestiones económicas, a la postre saldrían a la luz las contradicciones con otros preceptos sustantivos para, finalmente, destacar la inadecuación e incongruencia que supone la utilización de medios jurídicos no previstos en el espíritu de la norma, con olvido de que el ordenamiento prevé y ofrece ya una solución con medios específicos: las ya aludidas Medidas Provisionales, que pueden ser solicitadas en cualquier momento.

Y la tercera, reconociendo de antemano que la doctrina y la jurisprudencia se halla dividida profundamente en este punto, se inclina por la tesis negativa bajo tres grupos de consideraciones: a) uno es el de estimar que las sentencias de separación se hallan comprendidas dentro de las que el párrafo tercero del artículo 385 señala como inejecutables provisionalmente, porque aun propiamente la separación no constituya una situación de

estado civil, sí que afecta a este último, ya que provoca la suspensión del vínculo, y además los pronunciamientos atinentes a la patria potestad, guarda y custodia de hijos menores afectan a derechos personalísimos, excluidos por definición de la norma; b) Junto a razones de lógica y sistemática, y no negando que en general cabe ejecutar en parte una sentencia, siempre descomponiendo de entre las distintas decisiones que integran su parte dispositiva, aquéllas que constituyen acciones autónomas e independientes entre sí y se refieran a condena de cantidad líquida, es lo cierto que es insostenible y poco afortunado afirmar la ejecución de determinados: "extremos de una sentencia que no son la respuesta al ejercicio de una acción con identidad propia en la litis, sino que consisten en peticiones subordinadas o dependientes de la separación, única pretensión con sustantividad que define el objeto del litigio y de la que derivan los restantes efectos y medidas"; c) Razones de innecesariedad: como se dijo, si el litigante ha tenido la posibilidad —antes de que la sentencia goce de firmeza— de instar y obtener las medidas a que se refiere el artículo 103 del Código Civil, no puede, desconociendo su existencia, instar la ejecución provisional o incluso provocar la duplicidad de medidas, acaso con contenido jurídico distinto, pero centradas en el mismo objeto, desconociendo que el mecanismo de las Medidas Provisionales y su inmediata eficacia ejecutiva es incompatible con la ejecución provisional de esta clase de sentencias, pues supone un cauce propio que evita esta última.

A título de resumen, somos de la opinión de que en esta materia ha de procederse con suma cautela y con criterios restringidos y no expansivos, por una razón elemental, a saber: si se concuerda en que la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia, a diferencia del derecho anterior, por la Ley 6 de agosto de 1984, pasa a ser algo general y no excepcional, cambio motivado en palabras del propio legislador en su deseo e intento de destruir los efectos perjudiciales que para los litigantes de buena fe y vencedores originan las dilaciones y demoras insistas en la utilización de los recursos infundados, esos fines de salvaguarda vienen de sobra acogidos en este campo con la previsión de instrumentos propios y ágiles, históricamente intocables y respetados y de reconocida eficacia: el sistema de medidas previas o simultáneas.

Ello no significa optar por una radical cerrazón y rechazo, pues en casos muy puntuales puede venir justificada una postura más abierta y flexible y menos rigorista para solventar situaciones imaginables en que por argumentos de justicia intrínseca no puede hacerse uso de aquellas armas legales a disposición del solicitante.

En última instancia, se patentiza tan complejo y dudoso el punto que tratamos que es de elogiar que cuanto antes el legislador clarifique la cuestión y se eviten enojosos conflictos como el recogido por SIERRA GIL DE LA CUESTA, dando cuenta de que el titular de un órgano judicial de Madrid, por admitir la ejecución provisional de una sentencia de esta clase,

tuvo que ver cómo se le interpuso una querrela por prevaricación en su contra, saliendo al paso el Tribunal Superior de Justicia de dicha capital, mediante Auto de 24 de enero de 1990, al negar viabilidad al ejercicio de aquella acción penal y confirmando que la solución no es sencilla y que no es contrario a ley, si no muy dudoso, el decretar la ejecución provisional de algunas de las medidas a que se refieren el artículo 91 y siguientes del Código Civil cuando se especifican en la correspondiente sentencia.

5.—En este mismo epígrafe podríamos además tratar de la problemática o temática de la ejecución anticipada de sentencias recaídas en Juicios Interdictales, como el de Obra Nueva, dando lugar a criterios judiciales divergentes, siendo del parecer de la línea que mantiene su no procedencia en los casos de sentencia desestimatoria que manda alzar la suspensión de la obra, tal y como afirman las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva de 13-XI-1990 (R.G.D. 1991, pp. 11.521-11.522), con base en la especialidad de los artículos 1.668, 1.669, 1.671 y 1.672 de la Ley Procesal Civil, que han de prevalecer sobre la categoría general que implica el susodicho artículo 385, al componer aquéllos un régimen propio y particular derogatorio de este último, derivado de la propia naturaleza del Interdicto.

Al igual, de las especialidades de la ejecución provisional, en el ámbito del juicio verbal seguido por accidente de tráfico; de la aplicabilidad de la ejecución provisional cuando el condenado apelante es el Consorcio de Compensación de Seguros (admitida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección 1ª, de 1 de febrero de 1990 —R.G.D. 1991, pp. 2.229 y ss.—); de la confrontación entre resoluciones susceptibles de ejecución provisional y resoluciones con asunción de medidas cautelares (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª, de 7 de octubre de 1992 —R.G.D. 1993, pp. 5.245-5.247—) etc., pero para no desarrollar una exposición pesada y larga, quede reseñada anticipada de la especial relevancia de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1992, pues por primera vez afronta la previsión de aplicación normativa del artículo 385 en el ámbito del juicio ejecutivo, amén de otros temas interesantes, sobre los que se volverá más adelante.

2.2. Dificultades en materia de otorgamiento, caución o fianza, régimen de recursos, etc.

1.—El párrafo cuarto del tantas veces repetido artículo 385 traza en apretada síntesis el trámite procedimental a seguir y su lectura ya revela que puede descomponerse en los siguientes puntos: a) en principio, la ejecución provisional ha de instarse por la parte apelada dentro de los seis días siguientes al de la providencia o resolución que admitió el recurso de apelación formulado de contrario, mediante el oportuno escrito, y con ofrecimiento en ese término de la constitución de fianza o aval bancario suficientes para responder de lo que perciba y de los daños, perjuicios y costas que ocasio-

nare a la otra parte en caso de revocación de la resolución que de momento le favorece; b) conocida por el Juzgado la petición de ejecución provisional y el ofrecimiento consecuente, en los seis días siguientes, ha de pronunciarse —con una consistente motivación, entendemos— acerca de dicha solicitud, denegándola si fuera el caso, por vetarlo el propio precepto, según su párrafo tercero, o por estimar que el perjuicio para el apelante sería irreparable, etc., o concediéndola, en cuyo caso, deberá también y seguidamente decidir y valorar la suficiencia o insuficiencia de la garantía (fianza o aval bancario), pues puede suceder que la ejecución en sí sea irrefutable pero la garantía ofrecida raquítica o dudosa; c) resuelta afirmativamente la petición, o condicionada al aumento de la fianza o garantía, o su clase, y conocido o notificado ello por el solicitante, procederá a constituir la fianza o aval en los términos que se le imponen, dentro de los tres días siguientes; omitiendo la norma toda referencia a las consecuencias que se derivarían del incumplimiento por parte del apelado-solicitante de dicha prestación de garantía, sobreentendiéndose que conllevará la radical declaración de ineffectividad de la solicitud, salvo que razones acreditadas y poderosas justifiquen el retraso o demora en el cumplimiento de lo acordado.

Con tan escueto régimen (debió el legislador ser más generoso y dedicar una mayor atención a la regulación del instituto, si fuere necesario creando un capítulo ad hoc, o al menos una Sección dentro del título IX del libro I de la L.E.C., y no en faena de aliño despacharlo en un único precepto), en la práctica diaria de nuestros Tribunales y en la doctrina han asaltado dudas e interrogantes atinentes a la legitimación o determinación de quiénes vienen investidos para interesar tal ejecución, al propio "modus operandi" en su sustanciación, en la posibilidad de aumentar o disminuir la garantía constituida en atención a circunstancias emergentes sobrevenidas en la inmutabilidad de su decurso (suspensión o no suspensión para el cálculo de la caución, a la intervención o audiencia o no audiencia del litigante ejecutado en este último punto y, sobremanera, a la carencia de un específico régimen de recursos frente a la resolución denegatoria o concedente de la ejecución, si es que ha de tenerlo, porque —como señalaremos más adelante— arraigo tiene la postura que entiende tales resoluciones irrecurribles.

Cuestiones todas ellas sin respuesta explícita en el precepto y que desembocan en opciones interpretativas dispares, en una falta de uniformidad no deseable, al otorgar un margen de arbitrio al órgano judicial excesivo y contrario a la seguridad jurídica.

Pasando a exponer telegráficamente algunas ideas sobre alguna de tales interrogantes es de destacar que en materia de legitimación lo único seguro que puede extraerse del artículo es que tratándose de sentencias recurridas en apelación, legitimado a priori para solicitar su ejecución provisional lo estará exclusivamente el favorecido por aquélla en su condición de apelado, porque se aquietta a su contenido y no sólo no la recurre, sino que tampoco en su momento se adhiere al recurso formulado de contrario.

Por contra, ya no es tan pacífico afirmar que viene legitimado para pedir la ejecución provisional de una sentencia que es recurrida o apelada por ambas partes litigantes al contener pronunciamientos favorables y otros desfavorables, respectivamente. Si se acepta como regla estimable la de que una sentencia puede contener tales pronunciamientos, no necesariamente interdependientes, podría concluirse que para los favorables para ambas partes no existe obstáculo legal insalvable que impida su ejecución provisional, dejando aparte que ambas recurran frente a la existencia de los gravámenes que les perjudican.

A este respecto, traemos a colación el Auto de 24 de marzo de 1987 de la extinta Audiencia Territorial de Burgos (R.G.D. 1988, pp. 6.309) y su posterior sentencia de 16-X-1987 (pp. 6.319-6.320), y en ambas resoluciones tras cuestionarse si cabe la posibilidad de que quien interponiendo como demandante *recurso de apelación* contra una sentencia QUE EN PARTE ESTIMA sus pretensiones, puede solicitar su ejecución provisional respecto de esto último, cuando también a la vez es apelada por el otro litigante (el demandado), llega a una conclusión negativa, rechazando tal posibilidad bajo consideraciones finalísticas y literales, tales como que las exigencias del artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus términos literales restringen esa posibilidad, pues: "dicho precepto... representa la opción tomada por el legislador en el sentido indicado tras un amplio y detenido debate parlamentario que contempló otros supuestos distintos, decidiendo su exclusión de la configuración definitiva del artículo..., es, por tanto, la interpretación literal, junto con la indagación de la voluntad del legislador, la que ha de prevalecer a la hora de resolver el problema apuntado..."; y que esta interpretación literal, junto con la indagación de la voluntad del legislador ha de prevalecer a la hora de resolverlo... (apuntamos ahora y como corolario, que tal y como afirma la sentencia de 22 de noviembre de 1988 de la Sala 1ª de la Audiencia Territorial de Sevilla (R.G.D. 1989, pp. 5.256), aunque en buena técnica procesal la ejecución provisional de una sentencia debe contraerse a la parte dispositiva del fallo mismo, "nada obsta a que tal ejecución se lleve a efecto según el sentido general que resulte de toda la resolución y no sólo de su parte dispositiva...", y, desde esta perspectiva, nos parecen muy rigurosos los planteamientos de la Audiencia burgalesa).

En relación al asunto del ofrecimiento y efectiva prestación de la fianza o aval para responder de lo que el ejecutante hubiere obtenido o percibido como consecuencia de la ejecución provisional, si a ello hubiere lugar, por la revocación de la sentencia recurrida, nos limitaremos a destacar: 1ª) la trascendencia que tiene la subsunción por la misma como garantía de aquello y además de los "daños, perjuicios y costas que ocasionare a la otra parte" en claro contraste con lo establecido por el artículo 1.476, párrafo segundo, de la misma ley que sólo exige de la sentencia de remate apelada que el actor preste fianza o aval para responder a todo lo que preciba y por la revocación de aquélla haya de devolverle, y con el 1.722 para la ejecución provisional

de sentencias dictadas en segunda instancia recurridas en casación, en la que la fianza o el aval también sólo se constituye para responder de cuanto hubiere obtenido el solicitante, al declararse procedente la casación; 2º) la intangibilidad del alcance de la ejecución provisional concedida, compartiendo el criterio sustentado por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en Auto de 31 de enero de 1989 (R.G.D., 1990, p. 1.024), al decir que: "...la ejecución provisional se ha de mantener tal y como ha sido acordada hasta que la sentencia gane firmeza para la parte que ha interpuesto el recurso de apelación, de tal manera que, si recaída sentencia de apelación, se interpone por dicha parte recurso de casación aunque haya sido revocada total o parcialmente la sentencia de primera instancia, la ejecución provisional ha de ser mantenida; sin que sea aplicable a este supuesto el artículo 1.722 de la misma Ley Procesal Civil que contempla el caso de que sea la audiencia la que dicte la sentencia condenatoria o confirme —en todo o en parte— la del Juzgado de Primera Instancia, sin que la parte favorecida haya pedido ante el mismo la ejecución provisional...". (En definitiva, esta resolución niega al ejecutado provisional de la sentencia de primera instancia, pueda apoyarse en el tenor que le resulta favorable de la subsiguiente de la Audiencia, para solicitar una reducción en tal ejecución, por entender que la ejecución tras decretarse ha de mantenerse intacta hasta que la sentencia recurrida obtenga firmeza; 3º) las cuestiones que pueden presentarse —y la doctrina ha detectado— cuando la prestación de la caución o garantía no es posible para el litigante legalmente declarado pobre, viéndose privado del mecanismo procesal de la ejecución provisional, y obligado a esperar a la firmeza de la sentencia para ver satisfecho su crédito o derecho.

2.—Especialmente espinoso y discutido resulta el delimitar el sistema impugnatorio —si lo hubiera— de las resoluciones tanto denegatorias como de concesión de la ejecución provisional, ya que, como antes indicamos, el precepto no sólo no establece un régimen de impugnación específico, sino que ni siquiera contiene cláusula de remisión alguna al sistema o régimen general.

Téngase en cuenta que las discrepancias doctrinales y las diferencias de criterio en los Juzgados y Tribunales, es palpable, y es recogida en todos los trabajos habidos hasta la fecha, y así es conocido que un sector opina (por ejemplo, DE LUNA GUERRERO) que tales resoluciones son irrecurribles, o sea no admiten recurso alguno en su contra, con apoyo en una serie de razones que no vamos a exponer para no hacer prolija la exposición. Comparte esta tesis, al menos por lo que afecta a sentencias condenatorias al pago de cantidad fijada y determinada en la misma, el Auto de 18 de junio de 1992 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, derivando la irrecurribilidad como "exigencia a la propia provisionalidad de la medida y en aras a evitar una floración de recursos que pueden suponer un auténtico abuso de jurisdicción". Puede añadirse que esta postura contraria a la admisión del recurso presenta coherencia y congruencia si se parte —como algunos hacen— de la premi-

sa de la obligatoriedad o imperatividad para el Juzgador de la concesión de la ejecutabilidad provisional de sentencias de condena al pago de cantidad líquida.

Quiere significarse que si en tal hipótesis de declaración jurisdiccional no es discrecional, sino causi-atómica, no tiene sentido ni lógica conceder a los litigantes recurso alguno, pues amén de vaciar de contenido el párrafo y poner en entredicho las presuntas motivaciones que tuvo el legislador para su configuración con esas características (que tampoco "per se" tiene porqué implicar el desconocimiento del derecho de defensa y el derecho constitucional a los recursos consagrados en el 24,2 de la Constitución Española, según la perfilada doctrina del Tribunal Constitucional), se coloca al Tribunal en una situación absurda, cual es la de tener que —a salvo los casos de denegación, por supuesto— tener que responder al recurso del ejecutado con argumentaciones nominalistas, al venir la concesión dada sin aportación o arbitrio alguno de su parte. Si no opera margen de discrecionalidad alguno para el órgano jurisdiccional y ha de decretar "ope legis" —tras la petición en tiempo y forma— la ejecución de tal clase de sentencias —en las que no haya mixtificación— repele al sentido común posibilitar medio impugnatorio alguno, dilatando y enrevesando más lo que viene impuesto de modo tan rotundo.

Ahora bien, a "sensu contrario", la falla del principio se denota al instante: tal recurso o medio impugnatorio devendría imprescindible para los supuestos —aún a priori inconcebibles— de denegación de una ejecución provisional que el legislador consagra como ineludible, en cuanto que ha de quedar patentizado el desacierto del Juzgador que desatiende el tenor de tal párrafo, cuando le imponía —sin apreciación valorativa perceptible— otorgar al apelado el derecho de ejecución solicitado.

Desde parámetros diferentes, cuales son los de pensar que en cualesquiera de los supuestos previstos legalmente, no hay tal automatismo sino auténtico arbitrio interpretativo de la norma, las afirmaciones que se consignan nunca podrían atenderse.

Otro sector doctrinal (ORTELLS RAMOS, VALLS GOMBAU...) no negando frontalmente el uso del sistema impugnatorio que podríamos llamar común (recurso de reposición y apelación) abogan por una novedosa y peculiar instrumentación impugnatoria concretada en la petición directa por el afectado ante el Tribunal "ad quem", el de la 2ª instancia, solicitándole, según corresponda, que se deje sin efecto la ejecución provisional acordada por el Juez de Instancia, o bien, que la acuerde desde ese momento si por este último hubiere sido rechazada; petición a insertar y ventilar con audiencia de las partes en comparecencia liminar al efecto, separada de la tramitación propia del recurso principal; no siendo desdeñables las ventajas de operatividad práctica que este planteamiento representa (véanse los efectos de los artículos 394, 396 y 397 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil), y que aún —como se reconoce por sus proponentes— forzado y de difícil encaje normativo expreso ha encontrado eco en resoluciones tales como Auto de la Sala 1ª de la Audiencia Territorial de Barcelona de 23 de junio de 1987, y sentencia de la Sala 3ª del mismo tribunal de 3 de julio del mismo año.

El sector mayoritario en la doctrina y la jurisprudencia —con más o menos matices— insiste en que no debemos apartarnos del régimen de recursos común aplicable según la naturaleza de la resolución discutida, de manera que ante cualesquiera resolución que deniegue la concesión de la ejecución provisional no hay inconveniente en admitir la utilización de los recursos ordinarios de reposición y apelación en ambos efectos, pero en un solo efecto para el que se considere agraviado por la resolución que acuerda la concesión, esto es, sin efecto suspensivo, argumentando que concurren razones de lógica procesal y de reflejo del principio de la doble instancia, para hacer indefendible la línea que señala la inimpugnabilidad de tales resoluciones (PÉREZ GORDO, MORENO CATENA...).

Hallamos interesante la síntesis y estudio del problema que se verifica en el Auto de la audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, de 14 de julio de 1990 (R.G.D. 1991, pp. 5.520-5.521) —que se suma a la corriente mayoritaria— y que destaca: a) la irrefutable situación de que hoy por hoy los Juzgados y Tribunales deben aquietarse a la escueta norma del artículo 385, que no alude a régimen alguno de impugnación de los autos (o providencias como por rutina a desterrar se viene haciendo) que decretan tal ejecución; b) tales resoluciones no solo pueden, sino que DEBEN ser objeto de apelación, pues en precepto alguno se los excluye de la regla general del sometimiento a la doble instancia; c) apelación admisible en un SOLO EFECTO, pues la admisión en ambos —HECHO INDISCUTIBLE— iría contra la esencia y finalidad de la propia ejecución provisional (en realidad la burlaría decimos), sin que quepa acudir para desvirtuar que la apelación debe ser admitida en un efecto, al artículo 949 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a su aplicación analógica en atención a que viene previsto para la ejecución definitiva de sentencias ya firmes, pero nunca para las pendientes de recurso...

Para concluir este epígrafe abundamos en la dirección de que los cauces más adecuados y que menos problemas conllevan de impugnación y revisión (pues alguno ha de arbitrarse) se encuentran en esta última corriente jurisprudencial al menos con carácter general, sin dejar de proclamar que ya que el legislador de 1984, pese a intervenir e incidir con el mecanismo de la ejecución provisional en el sistema de recursos contra las resoluciones de los Jueces de Primera Instancia, guardó silencio, va siendo llegado el momento de colmar tal laguna interpretativa, proponiendo e introduciendo un específico régimen de recursos para aquél, que guarde total armonía de conjunto con el sistema general.

3. SOMERO EXAMEN DE LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS QUE CONLLEVA LA REVOCACIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA EJECUTADA PROVISIONALMENTE

No puede dudarse de que sustanciado el recurso apelatorio dimanante de la sentencia de primera instancia sometida a ejecución provisional y rechazado o desestimado por la sentencia de la segunda, confirmados —por tanto— los pronunciamientos de la recurrida, ningún problema de entidad puede surgir, dado que a efectos prácticos, de un lado, procederá devolver a la parte apelada —nuevamente vencedora en la Audiencia— la garantía —fianza o aval— prestados en cuanto ejecutante provisional, y de otro, permanecerá inalterable la actividad ejecutiva hasta entonces desplegada con carácter provisional, haya o no concluido, máxime cuando con la firmeza de la sentencia declarada en la segunda instancia se desvanece aquella "condictio" a la que venía sujeta la ejecución provisional. (Confirmada la sentencia recurrida, cumplida la condición suspensiva de que pendía su eficacia, sus efectos, según la sentencia de la A.T. de Madrid, Sala 2ª, de 14 de mayo de 1987 —R.G.D. 1987, p. 5.044— estos efectos se retrotraen al día en que la misma fue dictada por el Juez "a quo").

Pero si, por contra, la sentencia de segunda instancia REVOCA totalmente o en parte la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia, entonces sí que de hecho y de derecho van a acumularse algunas incertidumbres sin salida aparente en nuestro Ordenamiento Procesal como pasamos a enumerar sintéticamente.

En principio, y salvando las distancias, ha de obtener acogida la ya clásica doctrina de nuestro Tribunal Supremo descrita en su sentencia de 21 de diciembre de 1966 (Aranzadi 10/1967) que, aunque referida a la Ejecución Provisional de fallos contra los que se interpuso recurso de casación (antiguo artº 1.786 del Código Procesal) mantuvo que en los supuestos en que el recurso tenga éxito y se estime el mismo, se producirá: "...la anulación del fallo impugnado que a todos los efectos deviene inexistente, con la indeclinable consecuencia de que habrán de quedar sin efecto todos los actos acordados en la ejecución, restituyéndose las cosas al mismo ser y estado en que se encontraban con anterioridad, de tal modo que cualquiera que puedan ser las coincidencias existentes entre la sentencia inicial y la que en sustitución de ella se dicte, es esta última la única que debe ser ejecutada...". (Pues la subsistencia de la ejecución provisional o condicional venía "ab initio" supeditada a la propia suerte que pudiera correr la sentencia recurrida).

Doctrinalmente, se ha subdistinguido entre dos situaciones: a) la de que la sentencia que ha revocado totalmente o en parte otra precedente, aún es susceptible y objeto de algún recurso ordinario o extraordinario (p.ej. de casación); b) que dicha sentencia ya no admita recurso alguno, y sea firme.

Bajo la primera de aquéllas se ha imaginado que al admitirse el recurso casacional (artículos 1.722 y 1.723 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) contra

la sentencia revocatoria de la de primera instancia, podría ocurrir que el apelante-ejecutado, al venir favorecido por tal revocatoria interese a su vez la ejecución provisional de la segunda sentencia, provocando o pudiendo provocar el desarrollo de dos ejecuciones condicionadas paralelas de sendas sentencias dictadas en el mismo pleito, proponiéndose ante tamaño ataque a la seguridad jurídica, el que deba suspenderse la ejecución provisional de la sentencia revocada hasta tanto adquiera firmeza una u otra de las resoluciones en contradicción; solución que reputamos plausible de "lege ferenda", pero poco defendible de "lege data".

Interesa más destacar que ante una revocación total o parcial de la sentencia de primera instancia, lo primero que habrá de constatarse es si el proceso de ejecución provisional concluyó o no remató, puesto que de haber concluido, ninguna medida de paralización puede acordarse y habrá de echarse mano del mecanismo prevenido para la devolución de lo percibido indebidamente, y para el pago o resarcimiento de la indemnización de los daños, perjuicios y costas materializados con la ejecución provisional consumada y a la postre improcedente, integrado por la fianza o aval prestado.

Con notable acierto, la sentencia de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de enero (R.G.D. 1992, pp. 5.805-5.806), recuerda que hay total equiparación de naturaleza entre la ejecución provisional y la definitiva, salvo la limitación para la primera de la constitución de la fianza, y que por ello no cabe estimar que la primera tenga un alcance más reducido que la segunda, lo que le lleva a declarar en el caso que habiéndose hecho pago en una ejecución provisional al ejecutante, no cabe admitir —por quedar consumado tal pago— tercería de mejor derecho conforme al artº 1.533 in fine de la Ley Procesal, al asimilarse y producir las mismas consecuencias jurídicas respecto de terceros el pago definitivo y el pago realizado en ejecución provisional.

A su vez, la diferenciación entre revocación total o parcial de la sentencia provisionalmente ejecutada es imprescindible por dar lugar a efectos singulares propios, resultando de mayor complejidad y dificultosa solución la reparación y aplicación de los efectos inicialmente previstos en la norma para la segunda de ellas, en razón de no venir indicado explícitamente en aquélla ni el procedimiento para su liquidación y cuantificación, ni su extensión si la fianza se muestra insuficiente, al limitarse a dar cuenta de que tal fianza o aval bancario ha de ser suficiente para responder de lo que perciba y de los daños, perjuicios y costas que ocasionare a la otra parte, al haber solicitado la ejecución provisional de una sentencia finalmente ineficaz o ineficaz a medias, al venir revocada total o parcialmente; apartándose de lo prescrito por los artículos 1.722 y 1.746 para supuestos análogos.

Tratando de dar salida y cumplida contestación a tales dudas interpretativas la doctrina mayoritaria, apoyándose en la dicción estricta de la norma, mantiene que la completa separación y resarcimiento del ejecuta-

do provisional (incluidos los daños y perjuicios evaluados), y separadamente de si es posible o no la reversión de la ejecución, ha de producirse de manera indiscutible, al subyacer en ella un supuesto de culpa agravada, culpa social, responsabilidad por riesgo, o si se prefiere, de indemnización como "sanción imperfectamente equivalente".

En palabras de VALLS GOMBAU ello significa que se deben indemnizar unos hechos (los derivados de la ejecución provisional sustanciada y sin apoyatura posterior), que, sin ser ilícitos, no poseen la debida justificación, incluso aun cuando se ajustaren a la Ley se materializaron por el ejecutante con fundamento en las normas (late el presupuesto de que siendo el apelado-ejecutante sabedor del peligro y riesgos que ocasionaría el agotamiento en su beneficio de la vía ejecutiva provisional, debe arrostrar sus consecuencias cuando fuere finalmente desestimada su pretensión por el órgano "ad quem").

Este criterio que seduce y aparece razonablemente de modo genérico para determinados aspectos de la revocación parcial de sentencias no nos termina de convencer y así lo plasmamos en auto del Juzgado que servimos de 27 de noviembre de 1992, que recurrido, fue confirmado en parte por otro de la Audiencia Provincial de Ávila de 7 de julio de 1993.

Esta última resolución no participa tanto de nuestras reservas y entiende, conforme con la reseñada doctrina, que no puede llegarse a la conclusión de que por no mediar culpa o instigación de la parte solicitante de la ejecución provisional no se hayan causado perjuicios con ella, y no se vea compelido a indemnizarlos, pues: "...en caso de revocación total o parcial de la sentencia ejecutada provisionalmente, no se precisa, como se aduce de contrario por la parte impugnante que la nueva sentencia de apelación o casación declare expresamente o reconozca esos perjuicios, como requisito previo para ser reclamados por quien sufrió la ejecución provisional revocadas total o parcialmente", ya que "los daños y perjuicios y las costas de ejecución provisional que manda reponer el artº 385 de la Ley Procesal, se reconocen legalmente sin que requiera una expresa declaración en la sentencia definitiva y firme, bastando que se practiquen las diligencias necesarias de ejecución para que el Juez resuelva sobre la condena de indemnización de daños y perjuicios, en la resolución del incidente...".

Este criterio generalizado —asimismo asumido por la A.P. de Ávila—, no obstante, ha de someterse en alguna medida a redefinición a la luz de los postulados sentados por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1992 (Aranzadi 10.695), cuya importancia y trascendencia es innegable, pues al pronunciarse acerca de la viabilidad de una demanda, prevenida en juicio declarativo de menor cuantía, y encaminada a obtener la reparación de los daños y perjuicios causados de contrario por la solicitud impropia de ejecución provisional de una sentencia de remate dictada en juicio ejecutivo, y luego revocada, llega a afirmar entre otras cosas que (fundamento de derecho tercero): a) que al menos dentro del ámbito del Juicio

Ejecutivo, en el que la ejecución provisional viene especialmente señalada en el artículo 1.476 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que los daños y perjuicios que pueda conllevar la revocación de la sentencia de remate puedan verse satisfechos al ejecutado, no basta con la simple constatación de los mismos, sino que además ha de acreditarse su autoría y la relación de causalidad entre tales daños y perjuicios y la solicitud de ejecución provisional, aplicándose y entrando en juego los preceptos de la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana...; b) abordando dicha Sala la cuestión de si la petición de ejecución provisional de una sentencia puede o no ser constitutiva de daños incardinables en el artº 1.902 del Código Civil o se legitima su satisfacción por la propia decisión que la autoriza, no ya sólo en el ámbito que se mueve, en primer lugar, destaca el "plus" que el artº 385 supone respecto al 1.476, dado que en este último se exige fianza bastante para responder de todo lo que se perciba en el caso de que por ser revocada la sentencia, esté obligado a devolverlo..., con concordancia entre la fianza y la suma a ejecutar, omitiendo toda referencia a los perjuicios que sí se contienen en el artº 385, relativo a la ejecución provisional en general; en segundo lugar, recordando que va a decidir por primera vez la cuestión, "...entiende que el artº 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede también aplicarse a la ejecución provisional de los juicios ejecutivos y, POR ELLO, QUE LA FIANZA PUEDE EXTENDERSE A LOS DAÑOS QUE DICHA EJECUCIÓN CAUSE". Y en postrera reflexión —circunscrita al procedimiento de que conoce— remacha que es exigencia el que "LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PROCEDAN DE UNA ACCIÓN U OMISIÓN CULPOSA O DE UN USO ABUSIVO DEL PROCESO, Y NO SE DA, POR ELLO, LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA", negando así el Tribunal Supremo al menos en puridad de principios que exista una responsabilidad objetiva o automática.

Estas matizaciones, y ya se verá cuál es la evolución futura de la jurisprudencia en este tema, nos hacen recelar de la razonabilidad de una solución unívoca objetivizada que no se corrija con la ponderación de aquellos factores subjetivos (uso abusivo del proceso, culpa... etc.), sobre todo para los supuestos de sentencias ejecutadas provisionalmente y revocadas tan solo parcialmente...

Culminando este apartado, creemos que es opinión común y aceptable, y así lo seguimos en la práctica, que el procedimiento adecuado para la cuantificación de los daños y perjuicios es el incidental prevenido en el artículo 928 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de un nuevo juicio declarativo para su determinación, ya que el incidente concede términos hábiles a la parte de que se reclaman los daños y perjuicios, con fase probatoria —artº 937 y siguientes— sin que se produzca indefensión, y guardando total coherencia con el artículo 55 de la misma que conviene en que los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito, la tendrán también para todas sus incidencias y para la ejecución de la sentencia (en este caso, la firme y definitiva).

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

De la lectura de los problemas prácticos enumerados a lo largo de la exposición que no los agota ni mucho menos, no podemos sino extraer las siguientes reflexiones finales:

Primera.—El loable propósito que guió al legislador al introducir en nuestro ordenamiento procesal, con carácter general, el instituto de la Ejecución Provisional, mediante la Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984, es plausible, pero siempre estará subordinado al dato incontestable de que una Administración de Justicia eficaz y sin dilaciones, donde los plazos de sustanciación de los recursos apelatorios de las sentencias de primera instancia sean aceptables, lo haría desaconsejable por tratarse —permítasenos la gracia— de un instituto de alta cirugía procesal que como remedio sería peor que la enfermedad.

Segunda.—Sin oponernos a su mantenimiento, a la vista de los casi diez años transcurridos desde su implantación, ha de constatarse que su regulación legal adolece de importantes deficiencias de tipo técnico y de lagunas que hacen inaplazable la necesidad de la reforma del artículo 385, completándolo, y dando respuesta a sus oscuridades actuales, algunas de las cuales se han apuntado, impidiendo que se convierta en un instituto cuyo desuso es paulatino, según nuestra experiencia personal nos muestra (sería ilustrativo el estudio estadístico del número de ejecuciones provisionales solicitadas en los primeros años desde la entrada en vigor del texto legal y los actuales); máxime cuando incluso puede comprometer—y así se ha intentado— la responsabilidad civil o penal del Juzgador ("ad exemplum" STS de 23 de diciembre de 1988).

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- CHIOVENDA, G.: *Instituciones de Derecho Procesal. Civil*. Tomo I. Traducción y notas por E. Gómez Orbaneja. Edit. Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1959. pp. 271-272.
- DE LUNA GUERRERO, J.: *"El sistema de recursos y la ejecución provisional en el Proyecto de Reforma Urgente y Parcial de la Ley de enjuiciamiento Civil"*. Rev. La Ley, 1984, T. 3, pp. 864 a 880.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.: *La Ley de Reforma de la L.E.C. Juicio de Menor Cuantía, casación y otros aspectos fundamentales de la Ley de 6 de agosto de 1984*. Edit. Civitas, S.A. Madrid, 1985, pp. 172 a 179.
- FERNÁNDEZ, M.A. / DE LA OLIVA, A.: *Derecho Procesal Civil*. Tomo III. *"La Ejecución Forzosa, las Medidas Cautelares"*. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 3ª Edic. Madrid, 1992, pp.115 a 138.
- LÓPEZ-MUNIZ GOÑI, M.: *La ejecución de sentencias en materia matrimonial. Guía práctica y jurisprudencial*. Edit. Cóllex. 3ª Edic. Madrid, 1993 pp. 39 a 50.
- LLEDÓ GONZÁLEZ, Carlos C.: *"La ejecución de la sentencia que mande alzar la suspensión en el Interdicto de Obra Nueva"*. En Cuadernos de Derecho Judicial, X, C.G.P.J. Madrid, 1992, pp. 737 a 743.
- MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMINGUEZ, V. / ALMAGRO NOSETTE, J. / GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal*. T. 2. (Vol. II). Proceso Civil (2). Edit. Tirant Lo Blanch Valencia, 1992, pp. 416 a 422.
- MOZO MUELAS, R.: *"Razones que hacen desaconsejable e ineficaz la ejecución provisional de las sentencias"*. Rev. La Ley. 1989-4. pp. 959 a 965.
- ORTELLS RAMOS, M.: *Comentario al artº 385 de la Ley de E.C. En Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984*. Obra colectiva. Edit. Tecnos, S.A. Madrid, 1988. PP. 280 a 294.
- ORTIZ NAVACERRADA, S.: *"El recurso de casación en ejecución de sentencia civil"*. En Cuadernos de Derecho Judicial citado. pp. 265 a 270.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo. Proceso de Ejecución*. Tomo II, 2ª Edic. revisada. Edit. Aranzadi, Pamplona, 1985. pp. 427, 552-553, 690-691.
- PÉREZ GORDO, A.: *"Sistemas de recursos y el proceso de ejecución singular ante la corrección y actualización de la L.E.C."*. En X Reunión de Profesores de Derecho Procesal de Universidades españolas. Publicac. Universidad de Santiago de Compostela, 1977. pp. 83 a 95.
- ÍDEM: *La ejecución provisional en el proceso civil*. Librería Bosch. Barcelona, 1973. En especial pp. 45 a 50, 63-64, 116 a 124, 163 a 181.

- SÁNCHEZ DE LA MADRID Y OLIVA, C.: *"La ejecución provisional de lo contencioso administrativo"*, *Diario La Ley*, nº 3.211, de 5-III-1993, pp. 1 a 3.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA I.: *"La ejecución de resoluciones judiciales en los procesos matrimoniales"* En Cuadernos de Derecho Judicial citado. pp. 500 a 508.
- VALLES BAREA, J.R. / MARTÍNEZ CARRERAS, L.: *"A vueltas con la ejecución provisional (artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)"*. En *Rev. Gral. de Derecho*, Oct-Nov. 1992. pp. 9.549 a 9.558.
- VALLS GOMBAU, J.F.: *"La Ejecución Provisional"*. En Cuadernos de Derecho Judicial citado. pp. 76 y ss.