



5903280331

547.95
SUA
Sala

LA EJECUCIÓN
PROVISIONAL,
LA EJECUCIÓN DE TÍTULOS
EXTRAJUDICIALES
Y LA EJECUCIÓN
DE SENTENCIAS DE
LA NUEVA LEY
DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

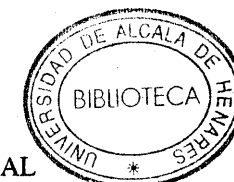
DIRECTOR

José Manuel Suárez Robledano
Magistrado

Cuadernos de Derecho Judicial

XIV-2001

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Madrid, 2003



R-3280331

ÍNDICE

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

© CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
C/ Marqués de la Ensenada, 8 - 28071 MADRID

ISSN: 1134-9670
ISBN: 84-96228-04-5
Depósito legal: M. 34.985 - 2003
Imprime: LERKO PRINT, S.A.
Paseo de la Castellana, 121. 28046 Madrid

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL. Jesús Santiago Delgado	
Cruces. Magistrado-Juez	15
I. Introducción	18
1. Antecedentes	19
2. Perspectiva constitucional	21
3. El modelo adoptado por el legislador	23
II. Fundamento	26
III. Naturaleza jurídica	28
IV. Ámbito de la ejecución provisional	31
1. Principio general	31
2. Resoluciones ejecutables provisionalmente	32
3. Resoluciones no ejecutables provisionalmente	35
A) Sentencias constitutivas y declarativas	35
B) Pronunciamientos relativos a inscripción o cancelación de asientos en los registros Públicos. Rebeldías	36
C) Sentencias dictadas en procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad del matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos	37

D)	Sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad	38
E)	Sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial	39
F)	Las sentencias extranjeras no firmes	40
G)	Los laudos arbitrales	42
H)	La cuestión de las costas	42
4.	Supuestos específicos	44
A)	"Interdictos"	44
B)	Alimentos	46
C)	Desahucio	46
D)	Daños y perjuicios causados con motivo de la circulación de vehículos de motor	48
V.	La incoación y el despacho de la ejecución provisional	50
1.	Competencia	50
2.	Legitimación	50
3.	La demanda. Requisitos de tiempo y forma	52
A)	La demanda	52
B)	Plazo para la solicitud de ejecución provisional ...	52
a)	Momento inicial	52
b)	Momento final	53
C)	Testimonio	53
4.	El despacho de la ejecución provisional	54
5.	Los recursos	56
VI.	La oposición a la ejecución provisional	56
1.	Introducción	56
2.	El ámbito de la oposición a la ejecución provisional	57
3.	Las causas de oposición específicas de la ejecución provisional	59
A)	La oposición por la causa primera del art. 528.2 ..	59
B)	Oposición a la ejecución provisional de condena no dineraria	60
C)	La oposición en el caso de ejecución de condena dineraria	64
4.	Tramitación de la oposición	67

5.	Resolución de la oposición	69
VII.	Suspensión de la ejecución provisional de condenas dinerarias	71
VIII.	Confirmación o revocación del pronunciamiento provisionalmente ejecutado	72
1.	Confirmación de la resolución provisionalmente ejecutada	72
2.	Revocación de condenas al pago de cantidad dineraria	73
3.	Revocación de condenas no dinerarias	76
IX.	La ejecución provisional en segunda instancia	79
X.	Problemas de Derecho transitorio	79
XI.	Bibliografía	83

✓ **LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN FORZOSA: ALGUNOS PROBLEMAS. Aníbal Sabater Martín.** Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Procesal en la Universidad Complutense de Madrid. Abogado

I.	¿Cómo se formula y sustancia la oposición fundada en motivos de fondo y "de forma"?	91
II.	¿Cómo se formula una oposición de fondo basada en motivos distintos de los que contemplan los arts. 556 a 558 de la LEC?	93
III.	¿Qué debe hacer el Juez cuando estime la oposición a que se refiere el art. 559 de la LEC?	100
IV.	¿Cuál es el momento procesal adecuado para alegar como motivo de oposición la falta de carácter de alguna de las partes?	103
V.	¿Es posible oponerse a la ejecución provisional por algún motivo distinto de los previstos en el art. 528.2 de la LEC?	104

✓ **EJECUCIÓN DINERARIA O VÍA DE APREMIO. Lourdes Ruiz de Gordejuela López.** Magistrada

I.	La ejecución dineraria	110
1.	Concepto	110

2. Fases de la ejecución dineraria.....	110
A) Demanda ejecutiva	110
B) Auto despachando la ejecución	113
C) El requerimiento de pago.....	114
D) El embargo de bienes.....	116
II. Procedimiento de apremio.....	118
1. Supuestos de entrega directa del bien embargado....	118
2. Formas de realización de los bienes embargados.....	119
A) Enajenación por fedatario público.....	120
B) Enajenación forzosa.....	120
C) Administración para el pago (arts. 676 y ss.)	121
3. Valoración de los bienes embargados.....	121
III. Subasta judicial	122
1. Consideraciones generales	122
2. Subasta de bienes inmuebles	123
A) La titularidad del dominio y cargas	123
B) Presentación de títulos.....	124
C) Celebración de la subasta	125
a) Fijación del tipo, subsistencia y extinción de cargas.....	125
b) Convocatoria, anuncio y publicidad.....	126
c) Subasta simultánea	127
d) Depósito previo	127
e) Acto del remate	128
f) Subasta sin postor	129
g) Aprobación del remate	129
h) Inscripción y posesión.....	131
i) Quiebra de la subasta	131
j) Pago y destino del remanente.....	132
IV. La administración forzosa para pago	132

EL EMBARGO Y LOS TERCEROS OCUPANTES. José Manuel Suárez Robledano. Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid..... 135

I. Regulación legal, en sentido amplio: arts. 571 a 698 y 703, 704 y 675.....	137
II. Introducción	138

III. Contenido específico en materia de ejecución	140
1. El embargo como medida de la ejecución dineraria o vía de apremio	140
A) Embargo o afección de bienes	140
B) Manifestación de bienes del ejecutado	156
C) Coerción o multas compulsivas para obtener la manifestación.....	157
D) Informaciones sobre solvencia de entidades y de terceros.....	158
E) Posibilidad de medidas de investigación sin audiencia del deudor	161
2. Terceros ocupantes	162
A) Audiencia previa y desalojo de los mismos	162
B) Anuncio de la situación posesoria del inmueble enajenado.....	170
C) Carácter expeditivo del desalojo de los terceros sin título	170
D) Procedimiento declarativo ulterior	171

LA TERCERÍA DE DOMINIO. LA TERCERÍA DE MEJOR DERECHO. José Alberto Revilla González. Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Autónoma de Madrid..... 173

La tercería de dominio.....	176
I. Introducción	176
II. Naturaleza y objeto de la tercería de dominio.....	178
III. Competencia para el conocimiento de la tercería.....	185
1. La tercería como incidencia en el proceso principal ...	185
2. Competencia en materia de tercerías relativas a em- bargos practicados en apremios administrativos	187
IV. Las partes procesales	189
1. El demandante-tercerista	190
A) La condición de tercero del demandante de ter- cería	190
B) Distinta personalidad jurídica de ejecutado y ter- cerista. La teoría del "levantamiento del velo"	192
C) El cónyuge como tercero legitimado en el em- bargo de bienes gananciales	194

2. La parte pasiva en la tercería	197
A) Necesidad de dirigir la demanda frente al acreedor	197
B) Supuestos en que ha de dirigirse también frente al ejecutado	199
C) Posibilidad de intervención del ejecutado	201
V. Título del tercerista	203
1. El principio de prueba por escrito	203
2. Rechazo de plano de la tercería a la que no se acompañe el principio de prueba exigido	204
3. La suficiencia del principio de prueba presentado ...	205
VI. La oportunidad temporal para la interposición de la demanda	207
1. Posibilidad de interposición desde el momento del embargo del bien	207
2. El momento final preclusivo	208
VII. El procedimiento de tercería	211
1. Sustanciación por los trámites del juicio ordinario ...	211
2. Especialidades procedimentales	213
A) La exigencia de caución para admisión de la demanda	213
a) Caución en dinero efectivo, y otros medios alternativos de garantía	215
b) Cuantía de la caución	216
c) Falta de acreditación de la caución constituida. Posibilidades de subsanación	216
B) La falta de contestación a la demanda como admisión de los hechos alegados	218
C) Resolución por medio de auto	221
VIII. Resolución y efectos	222
1. Resolución sobre la tercería	222
2. Efectos de la tercería	223
A) Efectos de la admisión	223
B) Efectos de la resolución	225
C) Prohibición de segundas o ulteriores tercerías ...	227
La tercería de mejor derecho	229
I. Introducción	229

II. Oportunidad temporal para el ejercicio de la tercería ...	230
1. "Dies a quo" para el ejercicio de la tercería de mejor derecho	230
2. "Dies ad quem" para formular la tercería de mejor derecho	231
III. El procedimiento de tercería de mejor derecho	232
1. Cauce procesal	232
2. Acompañamiento de un principio de prueba con la demanda	233
3. Legitimación pasiva y litisconsorcio	233
4. Efectos de la no contestación	234
5. Allanamiento y desistimiento del ejecutante	235
6. Intervención del tercerista en el proceso de ejecución ..	235
7. Resolución de la tercería. Existencia del privilegio y orden en que los créditos han de ser satisfechos ...	236
8. Las costas	237

VÍAS ALTERNATIVAS A LA SUBASTA JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN FORZOSA. Juan Ángel Moreno García.

Magistrado	239
I. Introducción	242
II. Actuaciones previas a estas formas de realización	245
1. Certificado de dominio y cargas	246
2. Valoración de los bienes	249
A) Valoración por acuerdo de las partes	249
B) Valoración por perito	250
C) Designación del perito	250
D) Aceptación del cargo y realización del avalúo ...	251
E) Intervención de las partes y terceros en el avalúo ..	251
F) Determinación del valor del bien	252
III. Convenio de realización y ejecución por persona o entidad especializada	253
1. Generalidades	253
2. Ámbito objetivo	254
IV. Convenio de realización	254
1. Características	254
2. Legitimación	255

3. Procedimiento.....	255
4. Convocatoria de la comparecencia.....	257
5. Legitimación para comparecer.....	258
6. Celebración de la comparecencia.....	259
7. Terminación por acuerdo.....	260
8. Efectos.....	261
9. Incumplimiento del convenio.....	262
10. Comparecencia sin acuerdo.....	263
V. Realización por persona o entidad especializada.....	264
1. Características.....	264
2. Designación y requisitos de la persona o entidad especializada.....	266
3. Resolución judicial.....	268
4. Caución.....	269
5. Condiciones, forma y plazo de realización.....	270
6. Efectos de la adjudicación.....	273
VI. Efectos comunes al cumplimiento del convenio y a la realización del bien por persona o entidad especializada.....	274
1. Inscripción en el Registro de la Propiedad y cancelación de cargas.....	274
2. Entrega de la posesión del bien y terceros ocupantes..	275
VII. Bibliografía.....	276

LA EJECUCIÓN NO DINERARIA. Jesús Gavilán López.

Magistrado.....	277
I. Introducción.....	279
1. Planteamiento legislativo en la nueva LEC.....	279
2. Breve análisis comparativo con la Ley de 1881.....	280
II. Procedimiento General.....	281
1. Ámbito de aplicación: títulos ejecutables.....	281
2. Despacho de ejecución. Especial consideración del requerimiento: naturaleza de las medidas conminatorias.....	282
3. Determinación de las multas coercitivas.....	283
4. Medidas de garantía.....	284
III. Entrega de la cosa.....	285
1. Cosas muebles determinadas.....	285

2. Cosas genéricas indeterminadas.....	287
3. Entrega de bienes inmuebles.....	287
4. Especial consideración del supuesto de ocupantes... 288	
IV. Obligaciones de hacer.....	289
1. Condena de hacer personalísimo.....	290
2. Condena a la emisión de una declaración de voluntad..	291
3. Condena de hacer no personalísima.....	292
4. Publicación de la sentencia en los medios de comunicación.....	293
V. Condenas de no hacer.....	294
VI. Procedimiento específico liquidatorio de daños y perjuicios, frutos y rentas, y la rendición de cuentas.....	294

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

Jesús Santiago Delgado Cruces
Magistrado-Juez

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Antecedentes. 2. Perspectiva constitucional. 3. El modelo adoptado por el legislador. II. FUNDAMENTO. III. NATURALEZA JURÍDICA. IV. ÁMBITO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL. 1. Principio general. 2. Resoluciones ejecutables provisionalmente. 3. Resoluciones no ejecutables provisionalmente. A) Sentencias constitutivas y declarativas. B) Pronunciamientos relativos a inscripción o cancelación de asientos en los registros Públicos. Rebeldías. C) Sentencias dictadas en procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad del matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos. D) Sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad. E) Sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial. F) Las sentencias extranjeras no firmes. G) Los laudos arbitrales. H) La cuestión de las costas. 4. Supuestos específicos. A) "Interdictos". B) Alimentos. C) Desahucio. D) Daños y perjuicios causados con motivo de la circulación de vehículos de motor. V. LA INCOACIÓN Y EL DESPACHO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL. 1. Competencia. 2. Legitimación. 3. La demanda. Requisitos de tiempo y forma. A) La demanda. B) Plazo

para la solicitud de ejecución provisional. a) Momento inicial. b) Momento final. C) Testimonio. 4. El despacho de la ejecución provisional. 5. Los recursos. VI. LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL. 1. Introducción. 2. El ámbito de la oposición a la ejecución provisional. 3. Las causas de oposición específicas de la ejecución provisional. A) La oposición por la causa primera del art. 528.2. B) Oposición a la ejecución provisional de condena no dineraria. C) La oposición en el caso de ejecución de condena dineraria. 4. Tramitación de la oposición. 5 Resolución de la oposición. VII. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS DINERARIAS. VIII. CONFIRMACIÓN O REVOCACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO PROVISIONALMENTE EJECUTADO. 1. Confirmación de la resolución provisionalmente ejecutada. 2. Revocación de condenas al pago de cantidad dineraria. 3. Revocación de condenas no dinerarias. IX. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN SEGUNDA INSTANCIA. X. PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO. XI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dedica completo su apartado XVI a la ejecución provisional, que regula en el Título II del Libro III –arts. 524 a 537–, lo que denota la importancia atribuida a la nueva regulación de la institución, hasta el punto que en ella se afirma que "es, tal vez, una de las principales innovaciones de este texto legal" en cuanto considera provisionalmente ejecutables, "con razonables temperamentos y excepciones" las sentencias (sic) de condena dictadas en primera instancia sin necesidad de prestar fianza ni caución, lo que comporta, como tuvo ocasión de señalar la doctrina en

relación con el PLEC (1), "un cambio radical en orden a los presupuestos de concesión de la ejecución provisional" y un nuevo enfoque de su regulación al partir del principio general de ejecutividad de los pronunciamientos de condena.

El nuevo modelo introducido es, sin duda, fruto de la experiencia, de la investigación y de nuevas ideas, sobre él ha influido notablemente la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y corresponde, desde luego, a opción de política legislativa en línea con el principio de protección del crédito y con el deseo de dotar de mayor eficacia a la administración de la justicia civil.

1. Antecedentes

Tanto la LEC de 1855 como la de 1881 configuraron la ejecución provisional de sentencias que no habían obtenido firmeza por encontrarse recurridas con un carácter muy restrictivo, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (2) indica que nuestra tradición procesal ha sido contraria a la ejecución provisional y ARMENTA DEU (3) señala, en relación con el periodo transcurrido entre aquélla Ley y la de Reforma Urgente de la LEC, Ley 34/1984, de 6 de agosto, que "así como los supuestos específicos se aplicaban con regularidad... los casos generales operaban claramente con carácter excepcional, al entender que las sentencias son ejecutables una vez la resolución ha adquirido firmeza".

Posiblemente la causa de tal regulación restrictiva se encuentre por una parte en la equiparación del binomio ejecutividad-firmeza y

(1) RIFÁ SOLER, José M., "La ejecución provisional en el PLEC", en *Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*. XIII Jornadas Jurídicas. Facultad de Derecho y Economía. Universidad de Lleida, págs. 120 y siguientes. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid – Barcelona, 1999.

(2) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Iurgium Editores. Madrid 2001, pág. 147.

(3) ARMENTA DEU, Teresa, *La ejecución provisional*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid 2000.

por otra, como señala algún autor (4), citando a CHIOVENDA, en el derecho a la doble instancia tal como fue configurado tras la Revolución Francesa que "concedió a los litigantes el derecho a que su asunto fuera visto por dos jueces diferentes en atención al grado de desconfianza existente hacia los tribunales inferiores".

Las nuevas ideas se apuntan ya en la mencionada Ley de Reforma Urgente de la LEC de 1984 que reguló la ejecución provisional con vocación de generalidad y amplió el ámbito de la misma a las resoluciones de primera instancia recurridas en apelación, y en cuya Exposición de Motivos se decía que: "La ejecución provisional mediante fianza supone, por una parte, dotar de efectividad a un pronunciamiento judicial que todavía no es firme, aunque por otra parte —y esto hace que se haya de proceder con cautela—, resulta favorecido quien tiene medios económicos o solvencia para anticipar los efectos del fallo. Por eso, mientras se consideran preceptivamente susceptibles de ejecución las sentencias de condena al pago de cantidades dinerarias líquidas, la ejecución provisional de los fallos de otra naturaleza queda subordinada a que el Juez no estime irreparable el perjuicio —porque todos los intereses no son susceptibles de reparación económica— y se excluyen siempre los fallos sobre derechos, como los de filiación o capacidad, pues carece de sentido atribuirlos provisionalmente o negarlos de igual modo".

Pese al indudable avance que la reforma supuso, el contenido del art. 385 y concordantes de la antigua LEC fue objeto en la doctrina de críticas tanto por el hecho en sí de la exigencia de fianza como por las deficiencias técnicas de que adolecían los preceptos destinados a la regulación de la institución, su insuficiencia e, incluso, por los problemas interpretativos que generaron, todo lo cual acabó frustrando en buena medida las expectativas que la reforma originó. En este sentido es preciso reconocer que, en la práctica y salvo excepciones, la ejecución provisional quedó limitada a las sentencias de condena de cantidad líquida

siempre y cuando el ejecutante provisional pudiera prestar la fianza correspondiente.

2. *Perspectiva constitucional*

Por otra parte es necesario mencionar la contribución de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de determinados aspectos de la ejecución provisional que subyacen en la nueva regulación de la institución, de un lado, en cuanto la incardina en el ámbito de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, si bien como derecho de prestación, cuyas "concretas condiciones de ejercicio corresponde establecerlas al legislador", y, de otro, al establecer que no es constitucionalmente exigible la doble instancia en el ámbito del proceso civil, estando facultado el legislador para establecer los recursos que estime procedentes frente a las resoluciones judiciales, así como los requisitos exigibles para su ejercicio.

En este sentido me ha parecido ilustrativa la mención de la doctrina contenida en las resoluciones siguientes:

- Sentencia de 22-06-1989, núm. 113/1989 (El Derecho 1989/6388), "El derecho fundamental a que se ejecuten las sentencias firmes, de trascendental importancia en nuestro sistema jurídico y cuya integración en el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 ha sido reiteradamente declarada por este Tribunal Constitucional, participa de la naturaleza de derecho de prestación que caracteriza a aquel en que viene integrado y, en tal sentido, sus concretas condiciones de ejercicio corresponde establecerlas al legislador, y ello hace indudable que el derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes viene sometido a los requisitos y limitaciones formales y materiales que disponga la legislación".

- Sentencia de 21-05-1996, núm. 87/1996 (El Derecho 1996/2143), en la que, pese a estar referida al proceso laboral, se hacen las consideraciones siguientes: "El derecho a la ejecución

(4) DAMIÁN MORENO, Juan. En *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo III. Ed. Lex Nova. Valladolid 2000, pág. 2.497.

provisional de las sentencias... ha sido vinculado por el TC al derecho a la ejecución en sus propios términos de las resoluciones judiciales (SSTC 234/1992 y 104/1994), que integra el contenido de la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24.1 CE. La jurisprudencia constitucional ha tenido presente la finalidad de la ejecución provisional prevista en las normas procesales laborales, ligada a evitarle al trabajador los perjuicios derivados del retraso en la efectividad de una resolución judicial que ha estimado su demanda, así como a protegerlo frente a posibles recursos dilatorios de aquella efectividad (auto TC 767/86, SSTC 234/1992 y 104/1994)... La ejecución provisional de las sentencias queda sometida a las normas procesales correspondientes (STC 80/1990)".

- Sentencia de 02-06-1997, núm. 105/1997 (El Derecho 1997/2631), donde se afirma lo siguiente: "Con carácter general, este Tribunal ha manifestado que el derecho a la ejecución provisional de las sentencias no es un derecho fundamental comprendido en el art. 24.1 CE sino que viene establecido, en su caso, por el legislador y se encuentra sometido a ciertos requisitos sobre su procedencia o improcedencia que deben ser valorados por los órganos judiciales (SSTC 80/1990, 87/1996 ATC 103/1993)".

- Sentencia de 22-03-1993, núm. 93/1993 (El Derecho 1993/2802), "El derecho a la tutela judicial efectiva no se agota en una respuesta única y, por tanto, comprende no sólo el acceso al proceso de instancia sino también los recursos establecidos en la Ley (SSTC 23/1983 y 123/1983), así como a la ejecución de lo juzgado. Ahora bien, como derecho de configuración legal en nuestra propia terminología, su contenido ha de venir dado por los códigos procesales de los respectivos órdenes jurisdiccionales, donde se articula el sistema de recursos peculiar de cada uno de ellos, con la doble función común de servir como garantía del ciudadano e instrumento de control interno de la organización judicial".

- Sentencia de 26-04-1990, núm. 80/1990 (El Derecho 1990/4439), "Ciertamente que esto es así y de ahí que la potestad

jurisdiccional comprenda juzgar y hacer ejecutar lo juzgado conforme establece el art. 117.3 CE. Pero de este derecho fundamental a la ejecución de las sentencias no puede, en términos generales y con esa misma naturaleza constitucional, deducirse el derecho a la no ejecución provisional de las sentencias cuya posibilidad esté permitida en términos de legalidad ordinaria por las normas procesales de los diferentes órdenes jurisdiccionales. Podría admitirse por esa causa la vulneración del art. 24.1 CE, en los casos de prohibición expresa y terminante de la ejecución provisional por un precepto legal que así lo estableciera".

- Sentencia de 31-01-1991, núm. 20/1991 (El Derecho 1991/977), "Reiteradamente ha declarado este Tribunal que, salvo en el orden jurisdiccional penal, no es constitucionalmente exigible la doble instancia, pudiendo el legislador establecer libremente los recursos que, ordinarios o extraordinarios, estime procedentes frente a las resoluciones judiciales, los casos y requisitos exigibles para su pertinente utilización y las demás previsiones procesales que las normas de esta naturaleza establezcan en virtud de la potestad legislativa del Estado que corresponde a las Cortes Generales (art. 66.2 CE)".

3. El modelo adoptado por el legislador

Puesto que la ejecución provisional constituye un derecho cuyas concretas condiciones de ejercicio corresponde establecerlas al legislador, éste, en ejercicio de tal facultad, ha optado, decididamente, por considerar provisionalmente ejecutables, con carácter general, las sentencias de condena no firmes por encontrarse recurridas sin necesidad de prestar fianza, eliminando también el doble efecto del recurso de apelación, al menos respecto de las resoluciones provisionalmente ejecutables (5) y de

(5) El art. 456.3 de la nueva LEC dispone que "Las sentencias estimatorias de la demanda, contra las que se interponga recurso de apelación, tendrán, según la

las sentencias desestimatorias de la demanda y autos que pongan fin al proceso (6). A lo que ha de añadirse que actualmente es comúnmente aceptado que los conceptos de firmeza y ejecutoriedad no son términos equivalentes, esto es, que la firmeza no es presupuesto de toda ejecución (7).

No es óbice a la opción legislativa en torno a la regulación de la ejecución provisional lo establecido en el art. 118 de la Constitución cuando dispone que "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales...", pues, como señala la doctrina (8), el precepto debe interpretarse en el sentido de que toda resolución firme debe ser ejecutada, "que no pueden quedar sin ejecución las sentencias que hayan ganado firmeza", no que "sólo sean ejecutables las sentencias firmes", criterio que también cabe deducir del art. 17.2 LOPJ cuando alude a la obligación de cumplimiento de "las sentencias y demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes" (9).

naturaleza y contenido de sus pronunciamientos, la eficacia que establece el Título II del Libro III de esta Ley". Lo que remite, precisamente, a las normas reguladoras de la ejecución provisional.

(6) Art. 456.2 LEC.

(7) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...*, cit., pág. 149.

(8) ARMENTA DEU, T., *La ejecución...*, cit., pág. 19. MUERZA ESPARZA, J. En *Comentarios a la LEC*. Vol. II, pág. 81. Ed. Aranzadi, Pamplona 2001. Etc.

(9) Considera FERNÁNDEZ-BALLESTEROS que "no hay grave dificultad para entender que la ejecución provisional de sentencias no firmes es compatible con el art. 118 CE en la medida en que: a) la ejecución provisional sea una excepción a la regla general de que la sentencia firme es presupuesto de la ejecución forzosa; b) la concesión de la ejecución forzosa esté rodeada de algunas cautelas; c) exista un mecanismo eficaz de reintegración de "lo indebidamente ejecutado". Pero advierte que "si... la ejecución provisional no es la excepción, sino la regla... si en muchas ocasiones el Juez está obligado a concederla sin que se le permita ponderar las circunstancias del caso... si debe acordarla sin poder exigir ninguna cautela del ejecutante... y, sobre todo, si no existen mecanismos eficaces de reintegración de lo indebidamente ejecutado, ni previsión alguna que evite la insolvencia... de quien...

En definitiva, la nueva Ley introduce un modelo de ejecución provisional de las sentencias no firmes de condena sin fianza cuyo régimen regula de manera completa y unitaria con vocación de generalidad, hasta el punto que se ha afirmado que la ejecución provisional pasa a ser el sistema ordinario de satisfacción del acreedor, en función de criterios de protección del crédito, confianza en la Administración de Justicia, sobre todo en la de primera instancia, y de efectividad de sus resoluciones. En ella se impone prácticamente al juez el deber de despachar la ejecución provisional una vez cumplidos determinados requisitos formales. El necesario equilibrio entre los opuestos intereses en conflicto trata de obtenerse mediante la introducción de la contradicción, una vez despachada aquella, a través del mecanismo de la oposición, limitada en función de la naturaleza de la ejecución, que se considera, al parecer, suficiente para la salvaguarda de los derechos del deudor ejecutado.

Como se desprende de la propia Exposición de Motivos, el legislador es consciente del peligro que entraña que al establecer como regla general la ejecución provisional de las condenas, señaladamente en el caso de las dinerarias, quien se haya beneficiado de ella no sea luego capaz de devolver lo que haya percibido, peligro que se considera conjurado en la mayoría de las ocasiones en razón de la oposición y del establecimiento del procedimiento de apremio para la devolución de lo indebidamente percibido. El riesgo mencionado, que es real, ha dado lugar a que algún autor (10) haya indicado en relación con el riesgo de insolvencia, que "el cierre del sistema exigiría declaración expresa de responsabilidad del Estado por el funcionamiento normal o anormal de la Administración de Justicia, como contrapeso a la obligación ineludible del juez de despachar ejecución provisional". Y añade que: "En último extremo, el éxito o

obtuvo la ejecución, sería prudente plantearse de nuevo el alcance que el art. 118 CE y la jurisprudencia del TC que lo interpreta tienen sobre la nueva regulación de la ejecución provisional". FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...*, cit., pág. 150.

(10) QUECEDO ARACIL, Pablo, "Comentario a los arts. 524 a 537", en *Comentarios a la nueva LEC*, Vol. II. Iurgium Editores, Barcelona 2000, pág. 2.543.

fracaso dependerá de la extensión con que se interprete el concepto de dificultad o imposibilidad de restitución, hasta el punto que de ella dependerá la perversión del sistema hasta convertirlo en otro más o menos útil de medidas cautelares"; y que se haya reclamado la existencia de un fondo estatal de garantía que garantice la indemnidad de los ejecutados provisionalmente, de modo que se complete la nueva estructura y se tutele lo que requiere la protección estatal" (11).

Aunque la novedad en cuanto a la regulación de la ejecución provisional ha recibido críticas favorables, no han faltado voces autorizadas que han llamado la atención sobre la "excesiva generosidad" con que la nueva LEC permite la ejecución provisional (12); o sobre "la opción política hacia un modelo protector del crédito con excesiva abstracción de los intereses, también legítimos, que pudiera hacer valer el deudor ejecutado" (13); o respecto de "bastantes aspectos concretos de su regulación que precisan de una sustancial mejora" (14).

II. FUNDAMENTO

Aunque el art. 517.2 LEC dispone que sólo tendrán aparejada ejecución, entre otros títulos, las sentencias de condena firmes, no

(11) GONZÁLEZ VELASCO, Jesús, "La ejecución provisional en la LEC de 7 de enero de 2000". En *Ley de Enjuiciamiento Civil II*. Estudios Jurídicos VI. 2000. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia. Madrid 2000, pág. 498.

(12) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...*, cit., pág. 147 donde se indica que "como en tantas ocasiones, es muy probable que la nueva LEC se haya ido al extremo más contrario a lo que representaba nuestra tradición: autoriza casi sin limitaciones la ejecución provisional; obliga a despacharla sin las necesarias cautelas y no establece mecanismos seguros para la reintegración de lo indebidamente ejecutado".

(13) HERNÁNDEZ VERGARA, A., "La ejecución provisional en la LEC de 7 de enero de 2000". En *Ley de Enjuiciamiento Civil II*. Estudios Jurídicos VI. 2000. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia, Madrid 2000, pág. 407.

(14) CABALLO I ANGELATS, Lluís, "Comentarios a los arts. 524 a 537" en *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Forum, Oviedo 2000, pág. 630.

hay obstáculo constitucional, como hemos visto, para que el legislador considere ejecutables las resoluciones de condena no firmes por haber sido recurridas, regulando su ejecución provisional. El fundamento de esta institución se encuentra en el derecho a la tutela judicial efectiva, "aunque en el mismo se justifican también sus límites" (15), y en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (16).

Ciertamente la sentencia, aunque no sea firme, es un pronunciamiento judicial adoptado con todas las garantías con vocación de permanencia (17), que atribuye una especial fortaleza a la posición de la parte que obtuvo el pronunciamiento a su favor y cuya efectividad no cabe desconocer, dado además "el perjuicio que ocasiona la suspensión de la eficacia de la resolución" (18) a la parte vencedora.

Las razones que justifican la opción legislativa a favor de la efectividad de la sentencia, de su ejecución provisional, se sustentan en la elusión de los efectos negativos de la duración del proceso incluso de la normal (19) y en la necesidad de evitar abusos procesales, como el referido al uso fraudulento de los recursos con ánimo dilatorio para retardar el cumplimiento de lo resuelto y consiguiente lesión de los derechos de la parte que obtuvo el pronunciamiento a su favor, de modo que los recursos que se interpongan sean aquellos que tienen verdadero fundamento, lo que debe originar, además, una disminución de la carga de trabajo de los tribunales superiores (funciones preventiva y agilizadora).

No obstante, hay que tener en cuenta tanto el derecho a los recursos que los litigantes poseen como que no todos se interponen con ánimo torticero, de donde resulta que "el derecho del condenado por una sentencia definitiva a interponer los recursos que

(15) MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho Jurisdiccional*. T. II. 10.^a edición, pág. 538. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2001.

(16) ARMENTA DEU, T., *La ejecución...*, cit., págs. 21 y 23.

(17) DAMIÁN MORENO, J., "Comentarios a la...". Cit. Cita a CALAMANDREI para quien el ejercicio del derecho a los recursos en modo alguno priva de efectos a la sentencia anterior, la cual sigue siendo válida en tanto no se revoque.

(18) ARMENTA DEU, T., *La ejecución...*, cit., págs. 21 y 23.

(19) VALLS GOMBAU, J. F., "La ejecución provisional", en *Ejecución de sentencias civiles*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1992, pág. 77.

la Ley le otorga, no puede suponer para el mismo un perjuicio irreparable en el supuesto de ser revocada la sentencia definitiva", porque, en efecto, la ejecución provisional en la LEC no se limita a la obtención de meras garantías (20) de futura satisfacción, sino que se atribuye la satisfacción, el cumplimiento de la resolución dictada, "si se confirma la sentencia ya no hay nada que añadir, si se revoca habrá que deshacer, pero sólo lo que se pueda, cuanto se haya ejecutado, no se anulará" (21).

III. NATURALEZA JURÍDICA

En el seno de la doctrina procesal fue objeto de discusión si la naturaleza jurídica de la ejecución provisional participaba de la de las medidas cautelares, sobre todo cuando su razón de ser se relacionaba con la concurrencia de peligro en la demora, o si, por el contrario, su naturaleza era la correspondiente a una verdadera ejecución.

En relación con la legislación derogada, un sector doctrinal sostuvo que la "ejecución provisional es una institución procesal especial de naturaleza ejecutiva"; en este sentido señalaba VALLS GOMBAU (22) que: "En la ejecución provisional existe tanto la acción como el título ejecutivo" y añadía: "El que haya un derecho material sometido a enjuiciamiento y esté reflejado en una sentencia provisional sujeto a recurso... no significa la negación de la acción ejecutiva, esta es de naturaleza pública y se basa en un título, sentencia definitiva, convertida por decisión del Juez (*ope iudicis*) en título ejecutivo. Se trataba por tanto de una verdadera y

(20) Señala ARMENTA DEU que "contemplar una finalidad meramente asegurativa, limitada a los actos del proceso de ejecución que aseguran la efectividad de la sentencia para cuando sea firme, es una opción de política legislativa acogida en otros ordenamientos de nuestro entorno y en algunos casos específicos de nuestras propias leyes, art. 138 de la Ley de Patentes"., *La ejecución...*, cit., pág. 24.

(21) GONZÁLEZ VELASCO, J., *La ejecución provisional en...*, cit., pág. 481.

(22) VALLS GOMBAU, J. F., *La ejecución...*, cit., págs. 78 y ss.

propia ejecución aunque de carácter condicionado como habían señalado tanto la doctrina (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, VALLS, etc.) como la jurisprudencia (23).

Con arreglo a la legislación vigente no cabe ya duda acerca de su naturaleza, la propia Exposición de Motivos indica que: "La ejecución forzosa provisional no es, por supuesto, ninguna medida cautelar y supone, de ordinario, efectos de más fuerza e intensidad que los propios de las medidas cautelares", pero, sobre todo cabe tener en cuenta que la ubicación de la ejecución provisional lo es dentro del Libro III, Título IV, en el seno de la ejecución forzosa y que de lo dispuesto en el art. 524 cabe deducir que el legislador la equipara con la ordinaria, así el precepto mencionado dispone que se solicitará por demanda según lo dispuesto en el art. 549, que regula el contenido de la demanda ejecutiva, se despacha y debe llevarse a cabo del mismo modo que la ejecución ordinaria, art. 524.2. Los actos ejecutivos concretos son los propios de la ejecución ordinaria, y en ella las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ordinaria, como dispone el número 3 del art. 524.

En consecuencia, la ejecución provisional es ejecución, puesto que a los efectos de su ejecución provisional la nueva LEC otorga un tratamiento similar a la sentencia de condena definitiva y a la sentencia de condena firme respecto de la ejecución ordinaria.

La especialidad de la ejecución provisional se encuentra, por tanto, en la falta de firmeza del título que se ejecuta y por ello en la posibilidad de su revocación, con las consecuencias restitutorias o resarcitorias que tal situación implica. Por ello es prácticamente unánime la doctrina que atribuye a la ejecución provisional la nota de

(23) La STS de 21-12-1966, RAJ 10/1967, que citan VALLS GOMBAU y HERNÁNDEZ VERGARA, señalaba "... ejecución ésta de naturaleza provisional o más propiamente de carácter condicional, en cuanto su subsistencia queda supe- ditada a la suerte que pueda correr la sentencia recurrida... pues en los supuestos en que el recurso tenga éxito y se dé lugar al mismo produce la anulación del fallo impugnado... la ineludible consecuencia de que habrán de quedar sin efecto todos los actos realizados en la ejecución restituyéndose las cosas al mismo ser y estado en que se encontraban...".

ejecución de carácter condicionado, sometida a condición de derecho, condición legal e impropia, no de naturaleza civil, que opera como presupuesto de eficacia y cuya ausencia origina, con carácter retroactivo generalmente, el deber de restitución o de indemnización en su caso. Si bien, como señala VALLS GOMBAU (24), "el evento condicionante no determina que los actos precedentes deban ser considerados provisionales, pues despliegan sus efectos con toda su intensidad aunque sometidos al resultado del proceso de declaración".

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (25) considera que la ejecución provisional es ejecución condicional sometida a la condición resolutoria de que el tribunal superior no revoque la sentencia que se recurrió y que se ejecuta, "si la sentencia se revoca se cumple la condición resolutoria de que depende la eficacia de la ejecución, no la de los concretos actos ejecutivos realizados a su amparo, deben restituirse las cosas al estado anterior a la ejecución y, en su caso, indemnizar al ejecutado los daños y perjuicios".

A diferencia de lo que ocurría bajo el régimen de la LEC derogada, en la que la decisión adoptada por el juez transformaba a la sentencia no firme en título ejecutivo de manera que la ejecución provisional se otorgaba "ope iudicis", en la Ley vigente no es el tribunal el que crea el título ejecutivo, sentencia no firme de condena, sino que al disponer el legislador que la sentencia de condena no firme es título apto para la ejecución provisional, salvo excepciones, y al ordenar en el art. 527.3 que, solicitada la ejecución provisional, "el tribunal la despachará" salvo que se tratare de sentencia no ejecutable provisionalmente o que no tuviere pronunciamiento de condena en favor del solicitante, parece que bajo el régimen de la nueva LEC la ejecución provisional se otorga "ope legis" (26). En este sentido MUERZA ESPARZA señala que dictada una sentencia de condena en primera instancia, esta constituye un título en

(24) VALLS GOMBAU, *La ejecución...*, cit., pág. 81.

(25) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...*, cit., pág. 148.

(26) MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, cit., pág. 540; HERNÁNDEZ VERGARA, A., *La ejecución provisional en la...*, cit., pág. 409; SALGADO CARRERO, C., "Los títulos ejecutivos: la sentencia y los demás títulos

cuya virtud quien obtuvo pronunciamiento a su favor tiene derecho a instar la ejecución y el órgano jurisdiccional tiene el deber de despacharla (27).

No obstante lo anterior, considera FERNÁNDEZ-BALLESTEROS que la concesión de la ejecución provisional "convierte la sentencia no firme en título ejecutivo (lo que significa que tiene carácter constitutivo procesal, troca a la sentencia no firme, que por sí no es título ejecutivo art. 517.2.1.º, en título ejecutivo apto para el despacho de la ejecución art. 527.3)".

IV. ÁMBITO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

1. Principio general

La nueva LEC establece como regla general la posibilidad de ejecutar provisionalmente toda sentencia de condena no firme, salvo las exceptuadas al efecto, sin necesidad de prestar caución. Se trata, como antes se decía de una opción de política legislativa, no exenta de riesgos, que, no obstante, se asumen por el legislador, y se intentan contrarrestar mediante el trámite de oposición y el recurso directo a la vía de apremio en caso de ser necesaria la restitución o indemnización consecuencia de la revocación de la sentencia o pronunciamiento provisionalmente ejecutado. La Ley, que no distingue entre sentencias de condena dineraria líquidas o ilíquidas, considera suficiente la solicitud de la parte que haya obtenido un pronunciamiento de condena a su favor, junto con el cumplimiento de ciertos requisitos, para que el tribunal haya de despachar la ejecución provisional (art. 526.1 y 527.3) una vez que la sentencia haya sido recurrida obviamente. Situando la valo-

ejecutivos. La ejecución provisional de las resoluciones judiciales. La ejecución en general: las partes de la ejecución y el tribunal competente"; en *La ejecución. Los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva LEC*. Estudios del Derecho Judicial. 31. CGPJ. Madrid 2000, pág. 69.

(27) MUERZA ESPARZA, J., *Comentarios a la LEC*. Tomo II. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2000, cit., pág. 85.

ración de la irreparabilidad del perjuicio que pueda causarse al ejecutado en el seno de la oposición. Como la ejecución provisional que se contempla en la Ley es de aquellas que se producen "ope legis" parece que el título de ejecución no será tanto el auto por el que se despache aquella sino la propia resolución que es objeto de ejecución provisional. Resolución que, en consecuencia, ha de contener pronunciamiento de condena sobre el fondo (28) que es el ejecutable provisionalmente, es más, dicho pronunciamiento ha de ser, cuando menos, parcialmente estimatorio de la demanda, pues sólo a ellos cabe aplicar los preceptos que disciplinan la ejecución provisional, conforme a lo dispuesto en el art. 456.3 LEC, puesto que, además, art. 456.2, la apelación contra las sentencias desestimatorias carece de efecto suspensivo.

2. Resoluciones ejecutables provisionalmente

Así pues cabe establecer como primera conclusión que son susceptibles de ejecución provisional, salvo las exclusiones a las que después se hará mención, los pronunciamientos sobre el fondo, estimatorios parcialmente al menos de la pretensión contenidos en una sentencia de condena contra la que se haya preparado recurso, bien de apelación, bien de infracción procesal o de casación.

No obstante, cabe preguntarse si tan sólo las sentencias pueden ser objeto de ejecución provisional o si, por el contrario, son susceptibles de ella otro tipo de resoluciones, concretamente los autos, art. 206.2.º. La cuestión se plantea porque a pesar de referirse los arts. 524 a 537 continuamente a sentencias, el Título II expresamente alude a "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales" y, por otra parte, el art. 456.2 dispone que "la apelación contra sentencias desestimatorias de la demanda y contra autos que pongan fin al proceso carecerá de efectos suspensivos...".

(28) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa y las medidas* ..., cit., pág. 147, considera provisionalmente ejecutables las sentencias definitivas sobre el fondo o absolutorias de la instancia cuando contengan pronunciamientos de condena respecto de las costas causadas.

Un amplio sector doctrinal (29) se inclina por no considerar provisionalmente ejecutables los autos finales, estimando que sólo la sentencia, no otro tipo de resolución, que se haya pronunciado sobre el fondo, de condena y al menos estimatoria en parte es susceptible de ser provisionalmente ejecutada, y ello con arreglo a la propia literalidad de los preceptos que regulan la institución.

MUERZA (30), por el contrario, entiende que cabe la ejecución provisional de los autos comprensivos del acuerdo alcanzado por las partes y homologado por el juez, art. 415.2, con base en que "en la regulación del recurso de apelación, el legislador cuando se refiere a la ejecución provisional, lo hace concretándola en las sentencias (art. 456.3) y en los autos (art. 456.2)", aunque añade que fuera de este supuesto, las resoluciones típicas susceptibles de ejecutarse provisionalmente son las sentencias.

TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA (31), pese a que afirma que el supuesto natural de la ejecución provisional será el referido a las sentencias de condena, indica que "la forma de auto está prevista en la Ley para determinadas resoluciones que, poniendo fin al proceso, determinan o imponen una obligación, que podría ser susceptible de ser exigida en tanto se sustancia y decide el recurso que contra aquel auto se pueda haber interpuesto"; y estima que las resoluciones que aprueban u homologan una transacción o un convenio entre las partes, art. 19.2, o la que recoge el allanamiento parcial, art. 21.2, son susceptibles de ejecución provisional, puesto que si para llevar a cabo aquella procede la vía de apremio "es claro que de igual modo cabe la ejecución provisional", sucediendo lo mismo en el caso del allanamiento parcial, art. 21.2, y añade que "si el auto definitivo tiene un contenido susceptible de ser impuesto a una de las partes, se ha de entender... ejecutable igual

(29) DAMIÁN MORENO, HERNÁNDEZ VERGARA, MONTERO AROCA, SALGADO CARRERO, ZARAGOZA.

(30) MUERZA ESPARZA, J. En *Comentarios a la LEC*, cit., pág. 89.

(31) TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., "Comentario a los arts. 524-525", en *Los procesos civiles*. Tomo 4, págs. 258 y ss. Ed. Bosch Barcelona 2001.

que la sentencia de condena, pues es el contenido de la resolución y no su forma lo determinante."

Acaso la cuestión no sea tanto que en el terreno de las hipótesis quepa ejecutar provisionalmente determinados autos, sobre todo si imponen una obligación susceptible de ser exigida mientras se sustancia el recurso interpuesto, atendiendo por tanto más al contenido que a la forma, sino que en la práctica será difícil, salvo excepciones referentes a la liquidación de daños y perjuicios, encontrar supuestos como el mencionado. En mi opinión, tiene razón QUECEDO ARACIL (32) cuando estima que no son ejecutables provisionalmente los títulos contenidos en los números 1.º, 3.º, 8.º y 9.º del art. 517, concretamente en el caso de las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso en cuanto estima contradictorio hablar de ejecución provisional cuando ese título goza de ejecución directa y tratarse de resolución que da lugar a la terminación del proceso incompatible con la existencia de recurso sobre el fondo.

En efecto, los acuerdos a que se refieren los arts. 428.2 y 415 una vez homologados judicialmente surten los efectos que la Ley atribuye a la transacción judicial y las resoluciones que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso son títulos que llevan aparejada ejecución, art. 517.2.3.º; la mención del art. 415.2 en su inciso final que faculta para impugnar el acuerdo obtenido por las mismas causas y en la forma prevista para la transacción judicial no parece que tenga otro alcance que la remisión a los arts. 1816 a 1819 CC, por tanto, la impugnación referida habrá de ventilarse en el proceso que corresponda y por las causas que invalidan los contratos; por lo tanto, no parece que sea preciso hablar de ejecución provisional cuando la resolución mencionada goza de ejecución directa y ordinaria. Lo propio sucede, a mí entender, en el caso del allanamiento parcial puesto que el auto que recoge dicho allanamiento es

(32) QUECEDO ARACIL, P., "Comentario al Art. 524", en *Comentarios a la nueva...*, cit., pág. 2.545.

también directamente ejecutable conforme a los arts. 517 y siguientes, tal y como establece el art. 21.2 *in fine*.

Por último, el art. 524.5 se limita a disponer que la ejecución provisional de las sentencias en las que se tutelen derechos fundamentales tendrá carácter preferente, el Tribunal Constitucional (33) ha establecido que "las garantías procesales especiales que establece el art. 53.2 de la CE y que, en el momento actual, son las contenidas en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, constituyen un plus de protección judicial en materia de libertades públicas y derechos fundamentales", lo que determina que "las reglas sobre su admisión y tramitación deben interpretarse siempre conforme a aquella finalidad de garantía suplementaria o reforzada". En coherencia con la doctrina constitucional expuesta se acoge en el precepto citado la preferencia de la ejecución provisional respecto de las sentencias dictadas en los procesos destinados a proteger los derechos y libertades fundamentales.

3. Resoluciones no ejecutables provisionalmente

A) Sentencias constitutivas y declarativas

Como se ha indicado la nueva LEC establece la ejecución provisional respecto de las sentencias de condena, de donde se desprende que las sentencias declarativas y constitutivas quedan excluidas de la ejecución provisional, como también de la ejecución ordinaria, puesto que el art. 521.1 dispone expresamente que "no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni constitutivas". Tales sentencias satisfacen por sí mismas la tutela pretendida, lo que justifica su exclusión del ámbito de la ejecución. No obstante lo anterior, no hay inconveniente en admitir la ejecución provisional de los pronunciamientos de condena de contenido patrimonial que contengan las sentencias mencionadas puesto que tanto el art. 527.3 como el art. 521.3 la permiten,

(33) STC de 14-02-1989.

así el precepto citado en primer lugar deniega el despacho de la ejecución provisional cuando no contuviere pronunciamiento de condena, lo que implica su admisión cuando dicho pronunciamiento existe. En realidad, cuando la sentencia constitutiva o declarativa contiene también pronunciamientos de condena, lo que sucede es que tan sólo tiene dicha naturaleza parcialmente, por ello es posible la ejecución provisional de los pronunciamientos de condena, con exclusión, por lo tanto, de los de carácter constitutivo o declarativo.

B) Pronunciamientos relativos a inscripción o cancelación de asientos en los Registros Públicos. Rebeldías

La Ley, en su art. 524.4, excluye también de la ejecución provisional los pronunciamientos contenidos en la sentencia que dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en los Registros públicos, para lo cual exige la firmeza de la sentencia con el contenido indicado, permitiendo en tales casos la práctica de la anotación preventiva de sentencia; se acoge así en el seno de la nueva LEC la doctrina de la DGRN (34) opuesta a la inscripción o cancelación de asientos acordada en sentencia ejecutada provisionalmente y que requiere al efecto la firmeza de la resolución correspondiente, puesto que las situaciones jurídicas provisionales, como la que deriva de una sentencia no firme, se avienen mal con asientos definitivos como los indicados. Por ello se permite la práctica de un asiento provisional como la anotación preventiva acorde con la referida situación de provisionalidad que deriva de la sentencia no firme, permitiendo de este modo la tutela del interesado mediante la referida anotación preventiva de sentencia suficiente para impedir que el principio de fe pública registral despliegue sus efectos, protegiendo igualmente el derecho de quien practica la anotación ante la posible transmisión de los bienes o derechos objeto de la misma, con las ventajas que supone también

(34) Vid. RDGRN de 12-11-1990, entre otras (*El Derecho* 1990/10241).

el principio de publicidad. Similar solución se adopta respecto de las sentencias dictadas en rebeldía, aun firmes, mientras no hayan transcurrido los plazos para ejercitar la acción de rescisión (35) y, como es obvio, respecto de los pronunciamientos indicados.

C) Sentencias dictadas en procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos

En realidad los pronunciamientos principales adoptados en estas sentencias son constitutivos o declarativos, además los mismos no son conciliables con situaciones de interinidad, lo que explica su exclusión. Ello no obstante, la norma prevé que los pronunciamientos relativos a obligaciones y derechos patrimoniales, siempre que guarden relación con lo que es objeto principal del proceso, sí son susceptibles de ejecución provisional.

Respecto de los procesos matrimoniales puede señalarse que contra el auto que pone fin a las medidas provisionales previas a la demanda no cabe recurso alguno, condicionándose los efectos y medidas acordados a que se presente demanda dentro de los treinta días siguientes a su adopción, art. 771.4.º y 5.º. Lo propio sucede en cuanto a las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, tampoco en este caso contra el auto que se dicte cabe recurso alguno. Luego, por tanto, unas y otras son inmediatamente ejecutivas y despliegan su eficacia hasta que sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo. La sentencia de primera instancia ha de resolver sobre las medidas correspondientes, por lo tanto, las medidas provisionales quedan

(35) Crítica CABALLOL la solución expuesta pues considera que es "una previsión anómala". Gracias a ella, dice "el rebelde estratégico conseguirá obstaculizar aún más los derechos del demandante, ya que impide la plena efectividad del derecho obtenido en la sentencia y mantiene su interinidad hasta un momento posterior a la firmeza de la sentencia". "Comentario al Art. 524" en *Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 633.

sin efecto a partir de la referida sentencia al ser sustituidas por las definitivas (36); por su parte, los recursos que se interpongan contra la sentencia no suspenden la eficacia de las medidas acordadas en ella, art. 774.5, lo que supone, al suprimirse el efecto suspensivo del recurso, que los pronunciamientos de la sentencia referentes a las medidas son de ejecución directa, luego, por tanto, parece que en esta materia no cabe hablar de ejecución provisional (37) respecto de los autos y sentencia a la que se acaba de hacer mención en cuanto se refiere a las medidas adoptadas en dichas resoluciones.

Posiblemente, pese a la mención contenida en el art. 525.1.º *in fine*, lo que suceda es que respecto de las medidas adoptadas en los procesos matrimoniales las resoluciones que las acuerdan tienen en este aspecto su propio régimen jurídico, que hace innecesaria la ejecución provisional ordinaria.

En cuanto al pronunciamiento principal a que se contraen de ordinario estas sentencias –nulidad, separación o divorcio–, si la impugnación afecta exclusivamente a los pronunciamientos sobre medidas, cabe declarar la firmeza de los mismos, art. 774.5. Por su parte, la liquidación del régimen económico matrimonial requiere la firmeza de la resolución que declare su disolución, por lo tanto no cabe su ejecución provisional, art. 810.1.

D) *Sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad*

La Ley excluye de la ejecución provisional las sentencias que condenan a emitir una declaración de voluntad (38); el art. 708.1,

(36) GONZÁLEZ POVEDA, P., *Ponencia en curso organizado por la Asociación de Abogados de Familia*. Sevilla, octubre 2000.

(37) Indica MUERZA que "...en las causas matrimoniales no parece a la postre que se pueda hablar, en sentido estricto, de ejecución provisional. MUERZA ESPARZA, J., "Comentario al Art. 525", en *Comentarios...*, cit., pág. 90.

(38) CABALLOL ANGELATS considera que no existen razones prácticas o técnicas que justifiquen la exclusión, y añade que el vínculo jurídico surgido quedaría sometido a la condición resolutoria de que tuviera lugar la revocación.

que regula los supuestos en los que una resolución judicial o arbitral condene a emitir una declaración de voluntad, requiere que las mismas sean firmes, por lo tanto, las sentencias con el contenido mencionado no pueden ejecutarse provisionalmente. Acaso, de nuevo, una situación de provisionalidad se concilie mal con la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas que, de ordinario, comporta la emisión de declaraciones de voluntad, lo que explica su exclusión del ámbito de la ejecución provisional.

E) *Sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial*

Las sentencias mencionadas se excluyen de la ejecución provisional por disposición expresa del art. 525.1.3.º. La Ley 32/1988 de 10 de noviembre, de Marcas, en sus arts. 47 y 48, exige la sentencia firme en orden a la cancelación del registro de la marca tanto si el mismo se declaró nulo como si fue anulado. Asimismo, exige la firmeza de la sentencia para la inscripción de la cancelación en el registro de la Propiedad Industrial, art. 57, lo que es coherente con lo dispuesto en el art. 524.4 de la nueva LEC. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que la declaración de nulidad tiene efectos retroactivos, arts. 50 LM y 114 LP, precepto este que establece la eficacia frente a todos de la sentencia que declare la nulidad de la patente una vez sea firme.

Se trata, por tanto, de derechos en los que el legislador especial parece haber optado por la necesidad de la firmeza de la resolución que declare la nulidad o caducidad de tales títulos, salvaguardando los derechos de quien venció en primera instancia merced al mecanismo contenido en el art. 138 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, que prevé la posibilidad de asegurar la efectividad del fallo a través de medidas cautelares o mediante la prestación de fianza sustitutoria. De modo que, como señala

CABALLOL ANGELATS, LL., "Comentario al Art. 525", en *Ley de Enjuiciamiento...*, cit., pág. 636.

ARMENTA (39), "cabe pensar en el empleo de las medidas cautelares para proteger igual interés que el que se atendería mediante la ejecución provisional.... De ser así, no se haría ahora sino reiterar en la sede general del proceso civil, la interpretación que de tal precepto (art. 138 LP) viene efectuando la doctrina jurisprudencial al negar la posibilidad de ejecución provisional de las sentencias favorables obtenidas en procesos de patentes cuando son apeladas, por entender que la voluntad del legislador ha sido que se acuda a las citadas medidas cautelares".

A lo expuesto cabría añadir las consecuencias económicas en muchos casos irreparables que podrían producirse al provisionalmente ejecutado en caso de ser revocada la sentencia por el tribunal superior, irreversibilidad de los perjuicios que abona la solución legislativa expuesta.

Con todo, la exclusión de la ejecución provisional se refiere exclusivamente a los pronunciamientos mencionados –nulidad o caducidad–, lo que no impide que puedan ejecutarse los pronunciamientos de condena que eventualmente acompañen a los referidos.

F) Las sentencias extranjeras no firmes

El art. 525.2 excluye también de la ejecución provisional a las sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los Tratados Internacionales vigentes en España.

En este sentido conviene tener en cuenta que en materia de ejecución de sentencias extranjeras sigue vigente el procedimiento de los arts. 951 a 958 de la LEC de 1881, hasta que entre en vigor la ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil tal y como establece la Disposición derogatoria única de la LEC en su número 1, apartado 3.º; tales preceptos exigen que la sentencia extranjera sea firme, luego, por tanto, en ausencia de Tratado Internacional aplicable no cabrá la ejecución provisional, en

consecuencia la regla general es que no cabe la ejecución provisional de sentencias extranjeras que no sean firmes.

Por el contrario, si existe Tratado ha de estarse a lo que en el mismo se disponga.

Basta ahora con señalar que el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, dispone en su art. 31 que las resoluciones dictadas en un Estado contratante que allí fuesen ejecutorias se ejecutarán en otro Estado contratante cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hubiese otorgado su ejecución en éste último. En los mismos términos se expresa el art. 31 del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988. Por lo tanto, si en el país de origen la resolución es ejecutable provisionalmente, no existirá especial impedimento para que lo sea también en España. No obstante, conviene mencionar que el Convenio de Bruselas quedará sustituido por el Reglamento del Consejo CE 44/2991, de 22-12-2000, a la fecha de su entrada en vigor, 1-03-2002, salvo para Dinamarca. Este Reglamento acoge en su art. 38 los términos del art. 31 del CB, sustituyendo tan sólo "Estado contratante" por "Estado miembro" y regula al efecto un procedimiento de *exequatur* ante el Juez de Primera Instancia con posterior fase de recursos a interponer por cualquiera de las partes. Por su parte, el Convenio de Lugano se aplica cuando el Estado de origen de la decisión fuese parte en el mismo, pero no en el Reglamento 44/2001.

Por último, cabe mencionar el Reglamento CE 1347/2000, de 29-05-2000, relativo a reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, que entró en vigor el 1-03-2001 y en cuyo art. 21, relativo a resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental sobre un hijo común, se posibilita la ejecución de las resoluciones dictadas en un estado miembro en otro cuando se hayan declarado ejecutivas en éste último.

Lo determinante, por lo tanto, es que se trate de resoluciones ejecutables provisionalmente en el país de origen.

(39) ARMENTA DEU, T., *La ejecución...*, cit., pág. 76.

G) *Los laudos arbitrales*

Con arreglo a lo establecido en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, una vez dictado el laudo y transcurrido el plazo de diez días siguientes a su notificación, que es el plazo dispuesto para interponer el recurso de anulación, el laudo deviene firme pudiendo obtenerse su ejecución forzosa. La cuestión que se plantea es si en caso de haberse deducido recurso cabe su ejecución provisional, la respuesta parece que ha de ser negativa porque con arreglo al art. 50 lo que el legislador establece para tal eventualidad es la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares para asegurar la plena efectividad del laudo una vez alcance firmeza. Abona esta solución que incluso en el ámbito de la ejecución forzosa del laudo el Juez ha de dictar auto suspendiendo la ejecución si la parte ejecutada alega y acredita la pendencia del recurso de anulación, art. 55 (40).

H) *La cuestión de las costas*

No existe previsión alguna en la LEC sobre la posibilidad o no de ejecutar provisionalmente la condena en costas.

Doctrinalmente se han emitido opiniones discrepantes, por un lado se ha señalado (41) que nada impide la ejecución provisional del pronunciamiento relativo a las costas, en tanto que se trata de un pronunciamiento de condena, art. 526, incluso cuando dicho pronunciamiento de condena respecto de las costas causadas esté contenido en una sentencia absolutoria de la instancia. Mientras que otros autores (42) consideran no ejecutable provisionalmente

(40) Consideran no ejecutable provisionalmente el laudo arbitral HERNÁNDEZ VERGARA, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, ARROYO GARCÍA, etc.

(41) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa...*, cit., págs. 147-155.

(42) QUECEDO ARACIL, P., "Comentario al Art. 524", en *Comentarios a la Nueva...*, cit., pág. 2.545; HERNÁNDEZ VERGARA, A., "La ejecución provisional en...", cit., pág. 412; ARROYO GARCÍA, S., "La ejecución Provisional", en

la condena en costas, bien en razón del carácter accesorio del referido pronunciamiento respecto del objeto principal del pleito, bien por estimar que las costas precisan de tasación y con arreglo al art. 242.1 ésta ha de realizarse luego de haber ganado firmeza la resolución; a lo expuesto añade DAMIÁN MORENO (43) que en caso de admitirse la ejecución provisional respecto de las costas, además de ir en contra de lo dispuesto en el art. 242 que exige claramente la firmeza de la resolución para la tasación de costas, "se estaría favoreciendo a quien en realidad no es titular del derecho material discutido...". HERNÁNDEZ VERGARA estima que de lo dispuesto en el art. 242.1 se deduce que "el referido pronunciamiento procesal accesorio no sólo no puede ser objeto de ejecución provisional independiente, sino que, ni siquiera puede ser ejecutado provisionalmente junto con el pronunciamiento principal de condena que contuviera la sentencia recurrida". Y añade que "...la ejecución provisional parece no alcanzar sino a la ejecución del pronunciamiento de condena sobre el fondo, excediendo del alcance de aquélla la tasación de costas que sólo podrá llevarse a efecto luego que sea firme la condena en costas..."; termina estimando que el art. 575 establece que la ejecución se despachará por el principal e intereses vencidos, más los que puedan devengarse durante la ejecución y *las costas de esta*, que dicho precepto es aplicable a la ejecución provisional según el art. 524.2 y que el despacho de la ejecución no debe alcanzar presumiblemente el importe de las costas devengadas en el proceso declarativo... lo que pone de manifiesto que el pronunciamiento de condena sobre costas no debe formar parte de la ejecución anticipada.

En consecuencia, aun reconociendo que el pronunciamiento sobre costas es pronunciamiento de condena y que en principio no parece excluido de la ejecución provisional, posiblemente habría

Comentarios prácticos a la nueva LEC, Ed. Trivium, pág. 500; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, "Comentario a los art. 524 y 525" en *Los procesos civiles...*, cit., pág. 260, quien añade que la norma del art. 242.1 es norma especial sobre la general del art. 524.

(43) DAMIÁN MORENO, J., "Ejecución Provisional", en *Comentarios...*, cit., pág. 2.500.

que concluir que las razones expuestas por quienes se oponen a la ejecución provisional de la condena en costas, sobre todo la necesidad de su liquidación mediante la tasación y el que ésta haya de realizarse cuando la condena sea firme, justifican la imposibilidad (44) de ejecutar provisionalmente la condena en costas.

4. Supuestos específicos

A) "Interdictos"

Los tradicionales interdictos, aunque esta denominación ha desaparecido de la nueva LEC, a los que se refieren los números 3.º, 4.º, 5.º y 6.º del art. 250, se tramitan ahora a través de un solo procedimiento, que es el verbal, su régimen es el general si bien con algunas especialidades, arts. 439 a 441.

En el caso de los antiguos interdictos de retener o recobrar, ahora tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o un derecho en caso de despojo o perturbación, la resolución estimatoria ordenará mantener en la posesión al demandante o reponerle en la posesión respectivamente, la ejecución provisional que en su caso se inste irá dirigida a adoptar las medidas acordes con los referidos pronunciamientos, lo propio sucederá en el caso de la obra ruinoso, art. 250.6, y en el supuesto de puesta en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuviesen siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario, en estos casos no hay especialidades en cuanto al régimen de la ejecución provisional que será el ordinario, matizado quizá por la propia naturaleza de esta clase de actuaciones tendentes a evitar el recurso a las vías de hecho y a mantener el estado de cosas existente, sin perjuicio de lo que posteriormente se decida o el potencial peligro que entrañan los supuestos a los que se refiere el número 6 del art. 250.

(44) ARMENTA DEU, habla de "obstáculo prácticamente insalvable", ARMENTA DEU, T., *La ejecución...*, cit., pág. 148.

En el caso de la suspensión de obra nueva, conviene tener en cuenta su carácter sumario, por tanto con cognición limitada y ausencia de cosa juzgada. El art. 441.2 regula una especialidad cual es la orden de suspensión de la obra nueva incluso antes de la citación para la vista, y una novedad: la posibilidad de que el dueño de la obra pueda ofrecer caución para continuarla y, además, realizar las labores indispensables para la conservación de lo edificado.

Desde la perspectiva de la ejecución provisional se ha dicho que el régimen del proceso de suspensión de una obra nueva guarda "notables semejanzas con el régimen ordinario contenido en los arts. 527 y ss." (45).

Ello no obstante, la posibilidad de ejecución provisional en este caso guarda estrecha relación con el alcance que se dé a la caución que puede ofrecer el dueño de la obra para continuarla. Si se entiende que la referida caución asegura la demolición y la indemnización de daños y perjuicios para el caso de decretarse la suspensión definitiva (46), esto es, caso de estimarse la demanda ratificándose la suspensión acordada, y hasta entonces, en tal caso no parece haber obstáculo para ejecutar provisionalmente el referido pronunciamiento. De igual modo en caso de desestimarse la demanda, alzándose la suspensión, a tal pronunciamiento habría de estarse, con la consecuencia de que el dueño de la obra podría proseguirla sin necesidad de caución alguna o con devolución de la prestada.

Pero no estoy seguro que la interpretación expuesta sea la única posible. El precepto dispone que el dueño de la obra "podrá ofrecer caución para continuarla" además de realizar las obras indispensables para conservar lo ya edificado y dado el carácter sumario del juicio de que se trata acaso, y con todas las cautelas, podría entenderse que la caución opera como garantía de la demolición y de la indemnización de daños y perjuicios hasta que se decida definitivamente sobre el derecho controvertido en el juicio plenario correspondiente, de aceptarse esta opinión "la prestación de la caución judicialmente establecida por el demandado pondría

(45) ARMENTA DEU, T., *La ejecución...*, cit., pág. 149.

(46) Así MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional...*, cit., pág. 389.

fin al procedimiento en cuanto que privaría de sentido y utilidad a ese procedimiento... cuya definitiva resolución no tiene legalmente otro alcance que el alzamiento o suspensión de la obra..." (47) tal y como sucede en el ámbito de la Ley 350 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; en cuyo caso, en el supuesto en que se prestare la caución que prevé el art. 441.2, no habría lugar a la ejecución provisional.

B) Alimentos

Las demandas relativas a alimentos debidos por disposición legal o por otro título se tramitan también a través del cauce del juicio verbal, art. 250.8, respecto de la sentencia que en el proceso recaiga entiende ARMENTA (48) que cabe su ejecución provisional mediante los trámites ordinarios. Por el contrario, QUECEDO ARACIL (49) considera que se trata de medidas anticipadas de ejecución directa y forzosa sin necesidad de acudir a la ejecución provisional. Acaso un supuesto similar sea el relativo a la liquidación de daños y perjuicios en tanto que el auto que se dicte carece de efectos suspensivos, art. 716, de donde puede deducirse la ejecutividad inmediata de lo resuelto, aunque podría plantearse su ejecución provisional por los trámites generales como señala ARMENTA (50), quien estima posible dicha ejecución provisional.

C) Desahucio

El art. 449.1 establece que: "En los procesos que lleven aparejado el lanzamiento, no se admitirán al demandado los recursos de

apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, si, al prepararlos, no manifiesta, acreditándolo por escrito, tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas". Y el apartado 2.º impone la obligación de pagar los plazos que venzan durante la sustanciación del recurso, en otro caso debe declararse desierto.

En relación con la ejecución provisional de estos pronunciamientos y en razón de la obligación de consignar las rentas durante la pendencia del recurso, se ha estimado que aquella no era posible, pues, como indica CABALLOL (51), en estos casos el pago de rentas otorga al arrendatario el derecho a usar la cosa arrendada, lo cual impide que pueda procederse a su lanzamiento. QUECEDO ARACIL (52) señala que la sentencia dictada en juicio verbal que tenga por objeto el desahucio no está excluida por la LEC de ejecución provisional en cuanto el texto legal citado no hace especial mención a dicha sentencia. No obstante, añade que, salvo hipótesis muy especiales, no será posible la ejecución provisional pues "choca con la obligatoriedad de consignar rentas... si las consignaciones son regulares no parece, aunque resulta muy discutible, que pueda decretarse el lanzamiento en ejecución provisional", pues "no tiene sentido mantener la obligación de cumplimiento del contrato y simultáneamente proclamar su extinción aunque sea provisional y condicionada".

Con arreglo a la doctrina científica y a las resoluciones de los juzgados y tribunales, la consignación mencionada, como las demás que prevé el art. 449, constituye un presupuesto para la interposición y admisión de los recursos correspondientes, requisito de admisibilidad y procedibilidad de los recursos del demandado condenado. Pero el abono de las rentas por parte del arrendatario aún después de haberse estimado la acción resolutoria del contrato no tiene otro sentido que el cumplimiento de la contraprestación

(47) Vid. SAP de Navarra de 4-12-1986.

(48) ARMENTA DEU, T., *La ejecución...*, cit., pág. 151 y ss.

(49) QUECEDO ARACIL, P., *Comentarios a la nueva...*, cit., pág. 2.552.

(50) ARMENTA DEU, T., *La ejecución...*, cit., pág. 151.

(51) CABALLOL ANGELATS, LL., "Comentario al Art. 525", en *Ley de Enjuiciamiento...*, cit., pág. 637.

(52) QUECEDO ARACIL, P., "Comentarios al Art. 525", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento...*, cit., pág. 2.553.

debida por la ocupación del inmueble de que se trate, por ello es difícil conciliar la posibilidad de ejecución provisional del lanzamiento con la obligación de pago de las rentas durante la sustanciación de los recursos pues ésta obviamente obedece a la continuación en la posesión del bien alquilado por parte del arrendatario recurrente, sin que sea posible tampoco el cese en el cumplimiento de la referida obligación una vez ejecutado provisionalmente el lanzamiento pues en tal caso se declararía desierto el recurso, art. 449.2, y firme la resolución recurrida, en cuyo caso se estaría ante un supuesto de ejecución ordinaria.

Teniendo en cuenta las razones precedentes y que el pronunciamiento relativo al lanzamiento es de condena, pero de ordinario precedido por otro en el que se declara la resolución del vínculo contractual entre arrendador y arrendatario al que aquél resulta condicionado, cabría entender, con todas las reservas, o bien que siendo ejecutables provisionalmente los pronunciamientos contenidos en sentencias de condena y siendo el principal de estos casos declarativo del que el de condena es consecuencia, no cabría la ejecución provisional del lanzamiento, o bien, y de nuevo con toda clase de reserva, considerar provisionalmente ejecutable el lanzamiento a la espera de la oposición que se dedujese. VALLS GOMBAU, en relación con la legislación anterior, consideraba no ejecutables provisionalmente las resoluciones sobre desahucios por considerar su ejecución "de difícil reparación".

D) *Daños y perjuicios causados con motivo de la circulación de vehículos de motor*

Las Disposiciones Adicionales 1.º y 2.ª de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, no han sido derogadas expresamente. Pese a ello dichas adicionales tenían carácter de Ley ordinaria, de modo que al establecer la LEC una regulación diferente de este tipo de litigios deben considerarse tácitamente derogadas (DÍEZ PICAZO, QUECEDO ARACIL).

Hecha la anterior precisión, y en lo que respecta a la ejecución provisional, la cuestión en este caso es que el art. 449.3 impone al

condenado el deber de constituir depósito del importe de la condena más los intereses y recargos exigibles para poder acceder a los recursos, añadiendo el precepto que el referido depósito no impedirá, en su caso, la ejecución provisional. Indudablemente el precepto admite pese al depósito dicha ejecución provisional, el problema surge porque de una interpretación literalista del precepto referido podría deducirse que el condenado en esta clase de juicios habría de soportar por un lado el depósito en los términos expuestos y por otro la ejecución provisional, con lo que se estaría gravando a la parte dos veces por el mismo concepto lo que resulta excesivo, así señala QUECEDO (53) que "no parece adecuado que el deudor soporte un cumplimiento duplicado", por ello estima que "la lógica de las cosas nos lleva a pensar que el despacho de la ejecución debe trabarse sobre la consignación, argumento que, además, tiene apoyo en el art. 531, que ordena la suspensión de la ejecución si se pone a disposición del juzgado para entrega al acreedor el principal más sus intereses y costas". De la misma opinión son ILLESCAS RUS y PÉREZ LÓPEZ (54) cuando señalan que "...preconizamos la necesidad de una interpretación decidida del precepto que permita realizar el pronunciamiento dictado, preferente y prioritariamente sobre el depósito o la consignación". Y añaden que podría ser esta "una de las medidas alternativas idóneas que el ejecutado puede proponer al órgano jurisdiccional en sustitución de otras sugeridas por el ejecutante, al amparo del art. 528, apdo. 3". Por su parte, DÍEZ-PICAZO (55) insiste en que la finalidad de este requisito del depósito "es facilitar la ejecución, tanto provisional como definitiva, de la sentencia".

(53) QUECEDO ARACIL, P., "Comentarios al Art. 525", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento...*, cit., pág. 2.555.

(54) ILLESCAS RUS, A. V., y PÉREZ LÓPEZ, E., "Comentario al Art. 449", en *Comentarios a la nueva LEC*, Tomo-II, Iurgium editores. Barcelona, 2000, pág. 2.101.

(55) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* en colaboración con DE LA OLIVA. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2000, pág. 587.

Lo propio sucede en cuanto a los procesos en los que se pretende la condena al pago de cantidades debidas por un propietario a la comunidad de vecinos en que se precisa, para recurrir, acreditar el pago o la consignación de la cantidad líquida a que se contrae la sentencia condenatoria. Si tal cantidad ha sido objeto de pago, ha sido satisfecha dice el precepto, obviamente nada hay que ejecutar sin perjuicio de la liquidación que posteriormente proceda; pero en el caso de la consignación, si se pide la ejecución provisional de la sentencia, la solución a adoptar es la antes expuesta por ser la más razonable y cumplir con la finalidad prevista en la norma.

V. LA INCOACIÓN Y EL DESPACHO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

1. Competencia

La ejecución provisional se despacha siempre a instancia de parte y bajo responsabilidad del acreedor ejecutante sin necesidad de prestar caución.

La competencia funcional corresponde al tribunal que haya conocido del proceso en primera instancia y ello aunque la sentencia cuya ejecución provisional se pretende hubiese sido dictada en segunda instancia; así se desprende claramente de lo dispuesto en los arts. 524.2, 527 y 535.2, pfo. segundo. En coherencia con lo expuesto el art. 462 atribuye jurisdicción al tribunal que hubiese dictado la resolución recurrida en apelación respecto de las actuaciones relativas a la ejecución provisional. En caso de sentencia pendiente de recurso extraordinario es también competente para la ejecución provisional el tribunal que conoció del asunto en primera instancia, arts. 535.2, pfo. 2.º y 535.3.

2. Legitimación

El art. 526 atribuye legitimación activa a quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena, es de ver

que el precepto no habla de parte apelada, por lo que lo determinante es la existencia de un pronunciamiento a favor de los litigantes, nada importa quien haya interpuesto el recurso, la posición procesal que ocupen, lo determinante a efectos de legitimación para instar la ejecución provisional es que la sentencia de condena contenga algún pronunciamiento a favor de alguno de los litigantes. En los supuestos de estimación parcial es posible, por tanto, la petición de ejecución provisional por parte de quien ha sido favorecido siquiera parcialmente en la sentencia de condena y tampoco existe obstáculo alguno en los casos en los que aquella contiene pronunciamientos favorables y desfavorables a ambas partes, en tal caso los dos poseen legitimación para instar la ejecución provisional respecto de los pronunciamientos que a cada una de ellas favorecen.

Señala QUECEDO (56) la posible existencia de problemas cuando haya mediado reconvencción derivados de la compatibilidad de los pronunciamientos ejecutables "en cuanto pueden anularse recíprocamente". En todo caso, la legitimación se confiere a quien haya obtenido pronunciamiento a su favor en sentencia de condena.

La legitimación pasiva corresponde al condenado por la resolución cuya ejecución provisional se pretende, esto es, a quien haya sido desfavorecido por alguno de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de condena.

En razón de lo establecido en el art. 524.2 debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los arts. 540 a 544 respecto de los casos de sucesión, ejecución en bienes gananciales, asociaciones y entidades temporales, entidades sin personalidad jurídica y deudores solidarios respecto de los que la Ley exige que hubieran sido parte en el proceso a efectos de despachar la ejecución, la cual por tanto no es posible frente a los deudores solidarios, avalistas, fiadores que no hayan sido demandados ni condenados.

La posición de las partes en la ejecución provisional es la contemplada en los arts. 538 y siguientes, han de ser dirigidas por

(56) QUECEDO ARACIL, P., "Comentario al Art. 527", en *Comentarios a la nueva...*, cit., pág. 2.558.

Letrado y representadas por Procurador, salvo que se trate de ejecución derivada de procedimientos en que su intervención no sea preceptiva, art. 539.1

3. *La demanda. Requisitos de tiempo y forma*

A) *La demanda*

El art. 524.1 establece que la solicitud de ejecución provisional ha de realizarse en forma de demanda ejecutiva, puesto que el precepto remite al art. 549. Basta ahora con indicar que dicha demanda junto con la petición relativa al despacho de la ejecución provisional ha de expresar el título en que se funde, las personas contra las que se dirige, designación de bienes del ejecutado si los conoce y si los estima suficientes, así como las medidas de investigación y localización de bienes que estime la parte oportunas, art. 590. Además de la documentación ordinaria, poderes, etc., y de los testimonios a los que luego se hará mención, pueden acompañarse cuantos documentos se estimen útiles o convenientes para el desarrollo de la ejecución y que contengan datos de interés para despacharla, art. 550.

B) *Plazo para la solicitud de ejecución provisional*

a) *Momento inicial*

A diferencia de lo que sucedía con el régimen derogado la nueva Ley establece un amplio plazo para solicitar la ejecución provisional cuyo momento o día inicial es distinto según se trate de ejecución provisional de sentencias dictadas en primera instancia o de sentencias dictadas en segunda instancia.

a') En cuanto a las primeras el art. 527.1 dispone que la ejecución provisional podrá pedirse en cualquier momento desde la

notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación; dicha resolución debe notificarse tanto al recurrente como al recurrido, por lo que a partir de ese momento, no antes, se faculta a las partes legitimadas, art. 526, para instar la ejecución provisional. También puede pedirse desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso (57).

b') Respecto de las segundas, las dictadas en segunda instancia, el día inicial es el establecido en el art. 535.2, según el cual "la ejecución provisional puede solicitarse en cualquier momento desde la notificación de la resolución que tenga por preparado el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación...".

b) *Momento final*

La demanda de ejecución provisional puede presentarse en cualquier momento antes de que se dicte sentencia en el recurso de apelación, art. 527.1 *in fine*, o en los recursos por infracción procesal o casación, art. 535.2 *in fine*. La opción legislativa a favor de la ejecución provisional aparece también aquí en cuanto el legislador no establece plazo preclusivo alguno.

C) *Testimonio*

Dado que es posible la petición de ejecución provisional hasta que se dicte sentencia en los recursos de que se trate puede suceder

(57) La existencia de este segundo momento inicial ha sido objeto de crítica en la doctrina, por todos, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, cit., pág. 544, quien explica que este segundo momento inicial carece de sentido, puesto que si bien en la A. LEC la ejecución provisional podía solicitarse en todo caso, por la parte apelada, y por el apelante sólo cuando el inicial apelado se hubiera adherido al recurso, en la LEC la ejecución provisional puede pedirse por quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor, por lo que la distinción de ambos momentos iniciales ha perdido sentido.

que la ejecución provisional se pida antes de remitirse los autos al tribunal superior o después de dicha remisión. En el primer caso, el mismo tribunal de primera instancia expedirá testimonio de lo necesario para la ejecución; en el segundo, solicitud de la ejecución provisional cuando las actuaciones se encuentran en la Audiencia, el solicitante debe obtener previamente testimonio de los extremos mencionados. Si se trata de ejecución provisional de sentencia dictada en segunda instancia a la solicitud debe acompañarse también certificación de la sentencia cuya ejecución provisional se pretenda, así como testimonio de cuantos particulares se estimen necesarios, los cuales han de obtenerse del tribunal de apelación o del competente para resolver el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en apelación, art. 535.2.

Obviamente los testimonios y las certificaciones mencionadas deben acompañarse a la demanda de ejecución provisional.

4. El despacho de la ejecución provisional

El párrafo tercero del art. 527 ordena al juez despachar la ejecución una vez solicitada, de donde resulta el carácter "ope legis" del modelo de ejecución provisional establecido. La resolución por la que se acuerde despachar la ejecución debe revestir la forma de auto y posiblemente debe acordarse la formación de pieza separada, pese a que la Ley guarde silencio sobre este particular, como ha indicado la doctrina (58). El despacho de la ejecución se adopta sin audiencia del ejecutado, aunque se le notifique dicha resolución, si bien sin citación ni emplazamiento. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (59) ha sugerido la conveniencia de incluir en el auto requerimiento de pago al ejecutado para paliar la inseguridad jurídica en que se encuentra el deudor, pero

(58) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa...*, cit., pág. 155; ARROYO GARCÍA., *Comentarios prácticos...*, cit., pág. 502.

(59) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa...*, cit., pág. 156.

lo cierto es que no existe previsión alguna al respecto en la nueva LEC.

En orden a despachar o denegar la ejecución provisional instada, el juez debe vigilar, incluso de oficio, la confluencia de las exigencias que condicionan su despacho. Así debe comprobar además de las formalidades de la propia demanda, que se han aportado los documentos que deben acompañarla (arts. 549 y 550), y que concurren los presupuestos y requisitos procesales generales tales como los relativos a competencia, capacidad, representación, postulación, etc., art. 551.1, debiendo vigilar también que el título no adolezca de irregularidad formal y que los actos de ejecución pedidos son acordes con la naturaleza y contenido del título. Teniendo en cuenta que para los defectos que puedan subsanarse debe concederse plazo al efecto, que probablemente será el de diez días del art. 559.2.

Asimismo, el juez debe comprobar los requisitos específicos del despacho de la ejecución provisional, esto es, que la resolución o el pronunciamientos cuya ejecución provisional se pide no esté excluido de la misma por el art. 525, y que exista pronunciamiento a favor del solicitante adoptado en sentencia de condena, art. 527.3.

En mi opinión debe vigilarse también la concurrencia de requisitos para despachar ejecución cuando ésta se extiende a personas no demandadas o que hayan de responder con carácter subsidiario, a menos que se acredite la insolvencia del deudor principal; por lo tanto, debe prestarse atención a lo establecido en los arts. 538 y 541 a 544.

Si concurren los presupuestos necesarios y se han cumplido las exigencias procesales, el tribunal debe despachar la ejecución provisional. No cabe que en este momento valore el juez la conveniencia o inconveniencia de la ejecución provisional ni tampoco la solvencia u otras circunstancias que puedan concurrir en el ejecutante, insolvencia, desaparición, etc., en orden a la eventual devolución de lo percibido, ni tampoco cabe plantear en este momento circunstancias que, en su caso, han de plantearse en la oposición tales como la imposibilidad o dificultad de la restauración de la situación anterior

o de la indemnización. El modelo de ejecución provisional introducido por la nueva LEC comporta la existencia de un riesgo asumido por el legislador cuya moderación se articula a través de la oposición o del recurso a la vía de apremio caso de ser necesario.

5. *Los recursos*

El auto por el que se despacha la ejecución provisional es irrecorrible, se notifica al ejecutado y no es preciso en este caso el transcurso del plazo de 20 días previsto para la ejecución ordinaria desde la notificación de la resolución al obligado, el cual podrá oponerse a la ejecución provisional en los términos a los que después se hará mención.

Por el contrario, contra el auto que deniegue la ejecución provisional puede interponerse recurso de apelación, art. 527.4, sin necesidad de reposición previa al tratarse de auto definitivo que pone fin a las actuaciones de ejecución provisional, 455.1, recurso de apelación cuyo trámite y resolución gozan de carácter preferente.

VI. LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

1. *Introducción*

Como contrapeso al despacho de la ejecución sin necesidad de prestar caución y a la irrecorribilidad del auto por la que esta se despacha se introduce por el legislador el trámite de la oposición, que constituye, ahora, la clave del sistema.

La Ley, en mi opinión, establece una causa común de oposición tanto para las sentencias de condena no dineraria como para las de condena dineraria, que es la contenida en el art. 528.2.1.º que permite la oposición a la ejecución provisional despachada en su conjunto; y regula después de forma diferente la oposición en el caso de las condenas no dinerarias y en el relativo a las dinerarias, pues en éste último supuesto no es posible, en principio, la oposición a

la ejecución en conjunto sino tan sólo respecto de actuaciones ejecutivas concretas, art. 528.2.2.º y 3.º respectivamente.

La primera de las causas de oposición aludida gira en torno a la idea de infracción de ciertos requisitos, por el contrario la 2.ª y la 3.ª giran en torno a la idea de irreversibilidad del perjuicio, si bien en aquel caso respecto de la ejecución provisional, y en este respecto de actuaciones ejecutivas concretas, puede observarse también que así como en el caso de la condena no dineraria el precepto alude a términos como imposibilidad o extrema dificultad, en el de la condena dineraria la norma alude a situaciones "absolutamente imposibles de restaurar o de compensar...". De donde se desprende obviamente las menores posibilidades de prosperabilidad de la oposición en el caso de ejecución provisional de sentencias dinerarias al exigirse la absoluta imposibilidad de restaurar o compensar económicamente.

El diferente tratamiento que la Ley dispensa a las condenas dinerarias y no dinerarias en cuanto se refiere a la oposición ha sido, con razón, objeto de crítica en el ámbito doctrinal (60) por cuanto la ejecución provisional de condenas dinerarias, que comportan el embargo y subasta de los bienes del deudor, puede ser más lesiva que la de condenas no dinerarias.

2. *El ámbito de la oposición a la ejecución provisional*

Mencionan ARMENTA Y MUERZA (61) que el grupo parlamentario socialista introdujo una enmienda solicitando la inclusión

(60) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa...*, cit., pág. 157, indica que: "Se engaña quien entienda -como al parecer hace la LEC- que resulta o puede resultar más lesiva para el deudor la ejecución de una condena de dar, hacer o no hacer... que la ejecución de una condena pecuniaria... Seguramente es justo lo contrario. La ejecución de condenas pecuniarias conlleva siempre el embargo y venta en pública subasta de los bienes del deudor, que, vendidos resultan irrecuperables y, por ende, su pérdida, irreparable".

(61) ARMENTA DEU, T., *La ejecución...* cit., pág. 108, MUERZA ESPARZA, J., *Comentarios a la...*, cit., pág. 105.

de un tercer número en el art. 528.2 relativo a las causas de oposición que "sirven a idéntico fin en la ejecución definitiva, siempre que respeten las especialidades de la ejecución provisional" y que dicha enmienda fue rechazada. Ello no obstante, en el texto de la LEC se dispone, por un lado, que la oposición a la ejecución provisional únicamente podrá fundarse en las causas a las que alude, art. 528.2, mientras que, por su parte, el art. 524.2 y 3 establece que la ejecución provisional se despachará y llevará a cabo del mismo modo que la ejecución ordinaria, y que en ella las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ordinaria. Por ello surge el problema de si además de las causas de oposición específicas de la ejecución provisional puede el ejecutado oponer las causas de oposición previstas para la ordinaria en los arts. 556 y 559, por razones de derecho material y de derecho procesal respectivamente.

En este sentido HERNÁNDEZ VERGARA, ARMENTA DEU y TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA (62) consideran admisibles además de los motivos específicos de oposición de la ejecución provisional los establecidos a tal fin para la oposición ordinaria, esto es del tenor del art. 524 se deduce que el ejecutado provisionalmente tiene la facultad de articular la oposición propia de la ejecución ordinaria, concretamente ARMENTA indica que "la existencia de estas causas específicas de oposición a la ejecución provisional, unido a la remisión a lo previsto para la ejecución ordinaria, no excluye la oposición prevista para esta última y la impugnación de los actos de ejecución contrarios a la Ley o al título (art. 556 LEC)". Ciertamente, como señalan los autores citados, siendo el título judicial, cual sucede en la ejecución provisional, los motivos de oposición de que se trata habrían de referirse al pago o cumplimiento, caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones convenidos para evitar la ejecución que consten en documento público, y es desde luego escasa la posibilidad

(62) HERNÁNDEZ VERGARA, A., *La ejecución provisional...*, cit., pág. 432; ARMENTA DEU, T., *La ejecución...*, cit., pág. 109; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, *Los procesos...*, cit., pág. 29.

de que concurra alguno de los motivos citados, pero aun siendo así no puede descartarse que se de alguno de ellos (63). FERNÁNDEZ BALLESTEROS (64) por su parte considera que "además de a la declaración de ejecución provisional el deudor puede oponerse a otros pronunciamientos alegando alguno de los motivos de Derecho material previstos en el art. 556...".

Por lo tanto no parece descabellado admitir, aunque sean escasas las ocasiones en que se plantee, oposición a la ejecución provisional por las causas establecidas en art. 556, pudiendo articularse las contenidas en el art. 559.1 a través del cauce específico de la oposición a la ejecución provisional.

3. Las causas de oposición específicas de la ejecución provisional

A) La oposición por la causa primera del art. 528.2

El precepto establece como causa de oposición la siguiente: "En todo caso, haberse despachado la ejecución provisional con infracción del artículo anterior". Se trata de causa de oposición a la ejecución en sí, a su totalidad, y que, como deriva del inciso "en todo caso" es común (65) tanto al supuesto de ejecución dineraria como al de condena no dineraria.

Se trata, por lo tanto, de causa de oposición que afecta a todo el proceso de ejecución y que se articula en torno a la infracción de los preceptos legales de los que el despacho de la ejecución provisional depende. Aunque la causa 1.ª del art. 528.2 remite al artículo anterior el cual regula determinados requisitos temporales con

(63) HERNÁNDEZ VERGARA, A., señala el supuesto de pacto en documento público en que los litigantes convienen en no exigirse la ejecución provisional, pese a lo cual uno de ellos la insta.

(64) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa...*, cit., págs. 158-159.

(65) La misma opinión sostienen TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, *Los procesos civiles...*, cit., pág. 291 y QUECEDO ARACIL, *Comentarios a la nueva...*, cit., pág. 2.565.

remisión a su vez al art. 525, en cuanto a las sentencias o pronunciamientos que no son provisionalmente ejecutables, es opinión mayoritaria (66) la que entiende que los presupuestos y requisitos procesales necesarios para el despacho de la ejecución provisional no son sólo los mencionados en el art. 527, sino los contenidos en los arts. 524 a 527, de donde resulta que la infracción de las normas previstas en cualquiera de ellos puede originar esta causa de oposición, lo que implica además que al amparo de esta causa de oposición pueden alegarse los defectos de naturaleza procesal previstos en el art. 559 para la ejecución ordinaria. Señala MONTERO AROCA (67) que aunque la causa primera del art. 528.2 remite a infracción de lo dispuesto en el art. 527, no puede tratarse sólo del momento para pedir o despachar la ejecución provisional ni que la sentencia no sea provisionalmente ejecutiva, se trata de todos los presupuestos y todos los requisitos.

La estimación de esta causa de oposición impide en términos generales la prosecución de la ejecución provisional, alzándose los embargos y medidas de garantía adoptadas, art. 530.1, salvo que se trate de infracción procesal subsanable a cuyo fin deberá darse plazo al ejecutante a tal efecto, si se trata de defecto insubsanable o no subsanado la consecuencia es la prevista con carácter general en el precepto citado.

B) Oposición a la ejecución provisional de condena no dineraria

En este supuesto la oposición se debe sustentar en "resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actua-

(66) ARMENTA DEU, T., *La ejecución...*, cit., pág. 109; HERNÁNDEZ VERGARA, *La ejecución...*, cit., págs. 433 y 434; QUECEDO ARACIL, P. *Comentarios a la nueva...*, cit., pág. 2.566; CABALLOL, *Ley de Enjuiciamiento...*, cit., pág. 644; MUERZA ESPARZA, *Comentarios a la...*, cit., pág. 105, este autor menciona que para DÍEZ-PICAZO no tiene sentido la oposición por falta de presupuestos y requisitos procesales.

(67) MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional...*, cit., págs. 547 y 548.

ciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada", art. 528.2.2.º.

La causa de oposición gira en torno a la idea de irreparabilidad del perjuicio que pueda ocasionarse al ejecutado caso de ser revocada la sentencia que se ejecuta provisionalmente, la oposición, por lo tanto, se articula alegando y acreditando, bien la imposibilidad o extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional, bien por la imposibilidad o extrema dificultad de compensar económicamente al ejecutado del modo expuesto.

Sobre el alcance de la interpretación que haya de darse a la causa de oposición referida existen discrepancias doctrinales.

Un sector estima que la imposibilidad o extrema dificultad debe establecerse en función de la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, teniendo carácter objetivo y por ende al margen de la capacidad económica del ejecutante. Se añade además que la imposibilidad de restaurar la situación anterior, no es por sí sola causa que deba impedir la ejecución, pues debe estarse entonces a la posibilidad de compensar económicamente al ejecutado de modo que "la verdadera causa se resuelve así en que sea imposible o de extrema dificultad compensar económicamente al ejecutado, es decir, no en que no pueda obtenerse el dinero para esa compensación, sino en que la compensación no exista realmente, pues el dinero no es medio útil para efectuarla" (MONTERO AROCA) (68). El mismo criterio sigue HERNÁNDEZ VERGARA (69) cuando afirma que "la imposibilidad de restaurar la situación anterior no es, por sí sola, causa de oposición que impida la ejecución, pues aquella imposibilidad de restauración podría ser compensada económicamente", y añade que "la imposibilidad o extrema dificultad ha de ser objetiva, que con la indemnización pecuniaria no haya verdadera compensación", quedando por lo

(68) MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional...*, cit., pág. 548.

(69) HERNÁNDEZ VERGARA, A., *La ejecución...*, cit., pág. 436.

tanto al margen la escasa solvencia del ejecutante. Por su parte TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA (70) menciona que "restauración o compensación están en relación de alternatividad. Dicho de otro modo, no triunfará la oposición si siendo imposible restaurar la situación anterior, resulta, sin embargo, factible la indemnización o compensación. No existe posibilidad de que el Juez, únicamente por considerar la imposibilidad de la *restitutio in natura* suspenda la ejecución, siempre que sea posible la prestación del *quod interest*; fundamentando la conclusión expuesta por utilizar la Ley el término compensación y no indemnización e integrando esta causa de oposición con la posibilidad de impugnación del ejecutante, art. 529.3".

En relación con esta cuestión MUERZA (71) considera que el precepto comprende dos subcausas de oposición –imposibilidad o extrema dificultad de restaurar o compensar– y que "el órgano jurisdiccional debe valorar caso por caso el grado de dificultad o imposibilidad alegado por el ejecutado" y "valorar las consecuencias del cumplimiento *in natura* de la condena... y el grado de dificultad para restaurar". En cuanto a la causa relativa a la dificultad de compensar apunta que "tal vez haya que pensar en aquellas situaciones en las que el cumplimiento por equivalente, en absoluto suponga satisfacción, desde un punto de vista objetivo, para el ejecutante" y menciona el ejemplo de "una condena de no hacer que suponga la paralización de una empresa y que pueda llevar consigo el inicio de un proceso concursal".

Desde otra perspectiva considera DAMIÁN MORENO (72) que el ejecutado podrá fundar la oposición en la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar, o bien en la imposibilidad de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados por la revocación, "siendo indiferente que esta imposibilidad sea material o simplemente jurídica". Opina que la Ley utiliza como criterio

(70) TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., *Los Procesos...*, cit., pág. 293.

(71) MUERZA ESPARZA, J., *Comentarios a la...*, cit., pág. 106.

(72) DAMIÁN MORENO, J., *Comentarios...*, cit., págs. 2.509 y 2.510.

subsidiario el de imposibilidad de compensar y estima que "habrá que tener en cuenta si el ejecutante está en condiciones de resarcir al ejecutado los daños y perjuicios que ocasione una eventual revocación de la sentencia". En este sentido opina que "la Ley introduce de forma alternativa otro criterio que tiene por objeto valorar si el ejecutante está o no en condiciones de hacer frente a los daños y perjuicios....", "lo que supone centrar el debate sobre la solvencia del ejecutante", de modo que en caso de imposibilidad o dificultad del ejecutante para indemnizar "el juez estaría entonces autorizado a denegarle la ejecución provisional" (estimar la oposición).

QUECEDO ARACIL (73) estima que "la imposibilidad de restitución según la naturaleza de la medida ejecutiva, es un concepto indeterminado que debe ponerse en relación con el caso concreto, teniendo en cuenta el art. 534, que define los términos de la restitución. Es un juicio de comparación entre la provisionalidad de la ejecución y la reversibilidad de la medida. Podrá estimarse imposibilidad de restitución cuando nos encontremos ante medidas definitivas tales como el lanzamiento, o la devolución o la entrega irrevindicable de bienes. En la valoración de la dificultad de la compensación económica entra en juego el montante presumible de su importe y, aunque de modo indirecto, la solvencia del ejecutante obligado a restituir e indemnizar".

Independientemente de cual haya de ser el criterio adecuado, en este punto habrá de estarse al criterio de los órganos jurisdiccionales que necesariamente habrá de ser disperso al no ser susceptible de recurso el auto resolutorio de la oposición a la ejecución provisional o a medidas ejecutivas concretas. En todo caso una vez formulada oposición con fundamento en la causa segunda del apartado 2.º del art. 528 y conferido traslado al solicitante de la ejecución éste, además de impugnar lo que se haya alegado de contrario, puede ofrecer caución suficiente para garantizar que, en caso de revocación, se restaurará la situación anterior o, de ser esto imposible, se resarcirán los daños y perjuicios causados.

(73) QUECEDO ARACIL, P., *Comentarios a la...*, cit., pág. 2.567.

C) *La oposición en el caso de ejecución provisional de condena dineraria*

Tratándose de ejecución provisional de sentencia o pronunciamiento de condena dineraria, una vez cumplidos los presupuestos y requisitos procesales correspondientes la LEC limita en estos casos la oposición del ejecutado exclusivamente a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio y ello para el caso de que tales actuaciones causaran una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios. Obsérvese que en este caso existe una triple limitación: la oposición solamente es posible respecto de actuaciones ejecutivas concretas; éstas han de ser las del procedimiento de apremio, por tanto las referidas a la realización, enajenación de bienes embargados, arts. 587 y ss., sin que por tanto pueda formularse oposición respecto de actuaciones ejecutivas de distinta clase como por ejemplo las relativas al embargo; y las situaciones que justifican la oposición se refieren ahora, a diferencia de lo que sucede en la ejecución provisional de sentencias no dinerarias, a la absoluta imposibilidad de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios, imposibilidad que, además, ha de ser consecuencia de las actuaciones del procedimiento de apremio.

La oposición se articula, por lo tanto, sobre la base de la absoluta imposibilidad de restauración o de indemnización que ocasiona actividad ejecutiva concreta del procedimiento de apremio. A tal fin el opositor asume la carga de acreditar el perjuicio que aquella ha de producirle así como su absoluta irreparabilidad tanto respecto de la restauración de la situación anterior como de la compensación. Además, para que la oposición sea admisible, el ejecutado debe indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas, así como ofrecer caución suficiente para responder de la demora en la ejecución, caso de que las medidas alternativas no fuesen aceptadas y el pronunciamiento de condena que se ejecuta provisionalmente fuese confirmado.

La admisión de la oposición requiere por tanto el cumplimiento simultáneo de ambos requisitos, art. 528.3, así lo entienden la mayoría de los autores (74), aunque otros consideran (75) que la inadmisión de plano de la oposición sólo es posible cuando no se ofrecen medidas alternativas ni tampoco caución, por lo que parece que bastaría con uno u otro ofrecimiento para que la oposición fuese admisible.

La medida alternativa mencionada ha de ser posible e igualmente útil al fin que la ejecución pretende cual es la satisfacción del derecho de crédito reconocido al ejecutante, y no provocar situación similar a la que produciría la actuación a la que se opone. Se ha señalado, nuevamente con razón, por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (76) que "... como son condenas pecuniarias, no puede haber más actuación ejecutiva que el embargo de bienes, y por eso las otras actuaciones ejecutivas que sean posibles y que no provoquen situaciones similares, sólo puede ser el embargo de otros bienes distintos del mismo deudor. Y no parece probable que el deudor que permite que se despache ejecución, que deja que la deuda aumente en los intereses y que debe pagar las costas que se causen, esté en tan cómoda situación patrimonial que: a) le permita designar otros bienes suyos en los que causar embargo; b) pueda,

(74) ARMENTA indica que el ejecutado deberá señalar otras medidas ejecutivas concretas .. y ofrecer caución suficiente; ARMENTA DEU, T., *La ejecución...*, cit., pág. 111.

En el mismo sentido QUECEDO para quien cabe pensar que la caución aunque es de ofrecimiento simultáneo a la oposición, su carácter respecto de ella es subsidiario para el caso de que las medidas alternativas no fuesen aceptadas; QUECEDO ARACIL, P., *Comentarios...*, cit., pág. 2.571. En el mismo sentido TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILA, J. M., *Los procesos...*, cit., pág. 294; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional...*, cit., pág. 549. Este autor, al aludir a los requisitos para formular la oposición indica que el "ejecutado habrá de indicar otras medidas y ofrecerá caución...", pero añade que "faltando en el escrito de oposición la indicación de las medidas alternativas o el ofrecimiento... no se tramitará la oposición...".

(75) HERNÁNDEZ VERGARA, A., *La ejecución...*, cit., págs. 438-439.

(76) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa...*, cit., pág. 157.

además, ofrecer caución para responder de la demora en la ejecución (art. 528.3)".

En cuanto a la caución que el opositor debe ofrecer tiene, en efecto, un cierto carácter subsidiario respecto de las medidas alternativas puesto que de lo dispuesto en el art. 528.3 párrafo 2.º en relación con el art. 530.3 parece deducirse que la caución opera para el caso de no ser aceptadas las medidas alternativas propuestas por el tribunal y éste considere que el acto ejecutivo concreto del procedimiento de apremio respecto del bien de que se trate originará una absoluta imposibilidad de restaurar la situación anterior a la ejecución o de compensar al ejecutado provisionalmente en caso de ser revocada la sentencia de condena.

La caución ha de ser suficiente para responder de la demora en la ejecución, debiéndose tener en cuenta la demora en sí, intereses y las demás circunstancias o factores que puedan concurrir para lo que habrá de estarse al caso concreto.

Una vez ofrecida la caución y constituida esta al considerar el tribunal inadmisibles las alternativas propuestas pero imposible restaurar la situación anterior o resarcir al ejecutado los daños y perjuicios en caso de revocación de la condena, aquella no tiene otro alcance que suspender la realización de la actividad ejecutiva concreta del procedimiento de apremio respecto del bien de que se trata, manteniéndose las medidas de garantía adoptadas y los embargos trabados, sin impedir la prosecución del procedimiento en lo restante puesto que así lo dispone el art. 530.3, párrafo 2.º, y la oposición de que se trata lo es únicamente respecto de actuaciones ejecutivas concretas.

La regulación de la oposición en caso de ejecución provisional de condena dineraria ha recibido críticas pues, desde luego, favorece a las personas que dispongan de recursos. En este sentido HERNÁNDEZ VERGARA (77) señala que: "No parece que el legislador haya tenido, en este caso, presentes los principios de no discriminación por razón de la capacidad económica del sujeto,

(77) HERNÁNDEZ VERGARA, A., *La ejecución provisional...*, cit., pág. 439.

que tuvo en cuenta para argumentar a favor de la inexistencia de caución en el despacho de la ejecución provisional. Ahora la escasa capacidad económica del ejecutado juega en su contra haciéndole soportar la medida ejecutiva ...".

CABALLOL (78) indica que: "El principal inconveniente de este sistema de oposición es que puede dar lugar a situaciones de indefensión. Si el ejecutado carece de medios le será difícil, bien ofrecer alternativas, bien constituir caución". Desde otra perspectiva se ha tachado de ilusoria (79) la oposición a la sentencia de condena dineraria por el número de dificultades que presenta, y de ingenuo (80) al legislador respecto de la regulación de la oposición a medidas ejecutivas concretas.

4. Tramitación de la oposición

El art. 529 regula la sustanciación de la oposición a la ejecución provisional; con arreglo al referido precepto el ejecutado que pretenda oponerse a la misma debe presentar escrito en el plazo de cinco días contados desde la notificación de la resolución por la que se despache la ejecución provisional o desde la notificación de la resolución en la que se acuerde la actividad ejecutiva concreta que se pretenda impugnar, dicho escrito ha de acomodarse a las exigencias formales ordinarias, sucediendo lo mismo respecto de la postulación. Al referido escrito, que ha de ser fundado, deben acompañarse los documentos acreditativos de las alegaciones efectuadas, precisión de especial interés si se tiene en cuenta que no existe en la sustanciación de la oposición vista (81) ni trámite para la práctica de prueba y en él, tratándose de oposición a actividades ejecutivas concretas, debe señalarse la medida alternativa

(78) CABALLOL I ANGELATS, LL., *Ley de Enjuiciamiento...*, cit., págs. 646 y 647.

(79) DAMIÁN MORENO, J., *Comentarios a la nueva...*, cit., pág. 2.511.

(80) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa...*, cit., pág. 157.

(81) MUERZA ESPARZA, J., *Comentarios a...*, cit., pág. 109.

y ofrecerse caución. La presentación del escrito de oposición no produce la suspensión de la ejecución provisional (82), toda vez que la suspensión de la ejecución sólo está prevista, art. 565.1, cuando la Ley lo ordene expresamente o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución.

Del escrito de oposición y de los documentos aportados debe darse traslado al ejecutante y a quienes estuvieran personados en la ejecución provisional para que en el plazo de cinco días desde la notificación de la resolución que acuerde el traslado, manifiesten y acrediten lo que estimen conveniente, en el escrito de contestación al de oposición, si se trata de ejecución provisional de sentencia de condena no dineraria, debe hacerse el ofrecimiento por el ejecutante de la caución a que alude el art. 529.3 para garantizar la restauración de la situación anterior o, de no ser ello posible, el resarcimiento de los daños y perjuicios para el caso de revocarse la sentencia o pronunciamiento ejecutado provisionalmente.

En cuanto al traslado a "quienes estuvieran personados" (83) no es preciso plazo de personación alguno, pues como indica MUERZA "carece de sentido exigir que los mismos sujetos se vuelvan a personar en la ejecución cuando están personados en los autos...".

Una vez presentados por el ejecutante y el ejecutado sus respectivos escritos el tribunal sin más trámites procederá a resolver la oposición planteada con arreglo a lo dispuesto en el art. 530;

(82) TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, *Los procesos civiles...*, cit., pág. 297; MUERZA ESPARZA, *Comentarios a la...*, cit., pág. 109; CABALLO ANGELTS, *Ley de Enjuiciamiento...*, cit., pág. 648; HERNÁNDEZ VERGARA, *La ejecución...*, cit., pág. 434.

(83) QUECEDO ARACIL considera que "esos otros personados no son los titulares del derecho de oposición, que sólo corresponde al ejecutado. Son terceros que deban estar informados, y podrán coadyuvar... pero no pueden oponerse a la ejecución por no ser los designados en el título de condena". QUECEDO ARACIL, P., *Comentarios a la nueva...*, cit., pág. 2.574; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA estima que aunque la legitimación para oponerse a la ejecución corresponde ante todo, al ejecutado, afirma que los terceros no pueden oponerse a la ejecución en su integridad, sino a concretas actividades que le perjudiquen; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, *Los procesos...*, cit., pág. 296.

decisión que adopta la forma de auto que deberá pronunciarse, en su caso, respecto de la caución y contra la que no cabe recurso alguno.

No contempla el precepto que se acaba de citar qué deba de hacerse con las costas causadas en la oposición, por lo que habrá de estarse a lo previsto en los arts. 559 y 561 que regulan esta cuestión en relación con la oposición a la ejecución ordinaria.

Respecto de la caución la Ley prevé su ofrecimiento en dos casos: cuando se trata de condena dineraria y el ejecutado se haya opuesto a medidas ejecutivas concretas; y cuando, en el caso de condenas no dinerarias haya habido oposición por parte del ejecutado, en cuyo caso se faculta al ejecutante para ofrecer caución. En el primer caso la caución se establece "para responder de la demora de la ejecución", por el retraso, y en el segundo para garantizar la restauración de la situación anterior o, de ser imposible, el resarcimiento de los daños y perjuicios causados y en ambos casos los arts. 528 y 529 exigen que sea suficiente, calidad que ha de ponerse en relación con la finalidad que los preceptos citados le atribuyen en uno y otro caso. La caución ha de prestarse en la forma establecida en el segundo párrafo del art. 529.3 que la configura de forma abierta, y que considero aplicable a los dos supuestos mencionados, siendo lo determinante que la misma tenga efectividad y disponibilidad inmediata.

5. Resolución de la oposición

El auto resolutorio de la oposición formulada, que como se indicó no es recurrible, puede adoptar alguno de los pronunciamientos siguientes:

- Si se trata de la causa primera del art. 528.2, esto es si la ejecución se despachó con infracción de algún presupuesto o requisito procesal, la estimación de la oposición impide en términos generales la prosecución de la ejecución provisional, debiéndose alzar los embargos y trabas y las medidas de garantía que pudieran

haber adoptado, art. 530.1. Ello es así salvo que se trate de infracción procesal subsanable a cuyo fin puede darse plazo al ejecutante para que subsane el defecto cometido; si este es insubsanable o no se ha subsanado, la consecuencia es la prevista con carácter general en el precepto citado.

• Tratándose de oposición a la ejecución provisional de condena no dineraria caben las posibilidades siguientes:

— Desestimar la oposición deducida con lo que la ejecución provisional sigue adelante.

— Estimar la causa de oposición alegada por imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de daños y perjuicios; y estimar adecuada la caución ofrecida, en cuyo caso deberá determinarse su cuantía y una vez constituida en la forma prevista la ejecución provisional prosigue.

— Estimar la concurrencia de imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior o garantizar el resarcimiento mediante la caución que el solicitante se mostrase dispuesto a prestar; en cuyo caso el auto dejará en suspenso la ejecución, manteniéndose, no obstante, los embargos y medidas de garantía adoptadas, adoptándose las demás que procedan, art. 530.2.

• En el caso de condena dineraria en que la oposición se hubiese formulado, claro es, respecto de actividades ejecutivas concretas, son posibles los pronunciamientos siguientes:

— Desestimar dicha oposición con lo que la ejecución prosigue respecto de la concreta actividad ejecutiva de que se trate.

— Estimar la oposición por considerar posible y de eficacia similar las medidas o actuaciones alternativas propuestas por el provisionalmente ejecutado; en cuyo caso se sustituye la adoptada

inicialmente, por la propuesta con carácter alternativo, prosiguiendo la ejecución provisional.

— Estimar la oposición respecto de la medida ejecutiva de que se trate cuando el tribunal aprecie que concurre en el caso una absoluta imposibilidad de restaurar la situación anterior a la ejecución o de compensar económicamente al provisionalmente ejecutado mediante el resarcimiento de daños y perjuicios, caso de ser revocada la condena, y el ejecutado haya ofrecido caución suficiente para responder de la demora en la ejecución, en cuyo caso una vez constituida aquella se denegará la concreta actividad ejecutiva objeto de la oposición, que quedará en suspenso prosiguiendo el procedimiento de apremio.

VII. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS DINERARIAS

La Ley faculta al provisionalmente ejecutado para suspender la ejecución provisional en supuesto concreto que regula el art. 531. La aplicación del precepto requiere: que exista, como es lógico, petición al efecto por parte del ejecutado; que se trate de pronunciamiento de condena al pago de cantidades de dinero líquidas (84), con lo que asoma en el precepto citado la antigua distinción entre condenas líquidas e ilíquidas; y que el ejecutado ponga a disposición del Juzgado la cantidad a la que hubiere sido condenado, más los intereses correspondientes y las costas, consignación que es para pago aunque condicionada a la confirmación o revocación del pronunciamiento ejecutado provisionalmente como es obvio.

(84) Entiende MUERZA ESPARZA que cuando se trate de sentencias de condena ilíquidas, en los términos en que con la nueva Ley puede hablarse de esta clase de condenas (art. 219), parece que antes de solicitarse la suspensión habrá que liquidar la condena con base en los arts. 712 y siguientes. MUERZA ESPARZA, J., *Comentarios a la Ley...*, cit., pág. 115.

Por otra parte, el ejecutado a los efectos de esta consignación ha de hacer una estimación de las cantidades correspondientes a intereses y costas, una vez admitida han de liquidarse ambos conceptos. Si la cantidad consignada cubre el principal, la cantidad resultante de la liquidación de intereses y la correspondiente a la tasación de costas, se procede al archivo de la ejecución previa entrega de las cantidades pertinentes al ejecutante y la devolución del sobrante, si lo hubiere, al ejecutado. En caso de insuficiencia de la consignación la ejecución provisional proseguirá por la diferencia si es que no se cubre la misma por el ejecutado provisional. Si el pronunciamiento se confirma, el pago pasa a ser definitivo, si se revoca, el ejecutante debe devolver lo percibido más, en su caso, los daños y perjuicios que correspondan.

VIII. CONFIRMACIÓN O REVOCACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO PROVISIONALMENTE EJECUTADO

1. Confirmación de la resolución provisionalmente ejecutada

Como antes se dijo, la ejecución provisional es ejecución de carácter condicionado sometida, por tanto, a la confirmación de la sentencia que en tal condición se ejecuta.

Cuando la sentencia ejecutada es, a su vez, confirmada no suelen plantearse especiales problemas pues el riesgo, en efecto, aparece en caso de revocación.

La nueva Ley de Enjuiciamiento destina su art. 532 a los supuestos de confirmación de la sentencia provisionalmente ejecutada; como se ha señalado en la doctrina (85), el precepto parte de la plena confirmación de la sentencia de primera instancia por la de apelación, hasta el punto que se ha señalado (86) que cualquier diferencia la convierte en parcialmente revocatoria. El precepto distingue según que la sentencia de apelación haya obtenido

(85) QUECEDO ARACIL, P., *Comentarios a...*, cit., pág. 2.581.

(86) TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, *Los procesos...*, cit., pág. 334.

firmeza, bien por no ser susceptible de recurso, bien por no haberse recurrido, o no sea firme todavía, siendo diferentes los efectos que respecto de la ejecución provisional derivan de una u otra situación.

Cuando la sentencia que confirma la de primera instancia no ha ganado firmeza la ejecución provisional continúa con tal carácter, salvo desistimiento del ejecutante que ha de ser expreso (87), salvo que para entonces hubiese concluido. Cuando la sentencia de apelación confirma la de primera instancia y ha ganado firmeza sobre el fondo de lo debatido, en tal caso la ejecución prosigue también, salvo que hubiese finalizado, pero ya como definitiva, también en este caso salvo desistimiento del ejecutante que, ahora, no necesita ser expreso. Se produce automáticamente la conversión de la ejecución provisional en definitiva, sin necesidad por tanto de declaración especial al respecto, lo que alcanza a las actuaciones ejecutivas llevadas a cabo; y origina también que deban alzarse las suspensiones que se hubiesen acordado en caso de haber mediado oposición, provocando la pérdida de objeto de las oposiciones que se encontraren en trámite. Respecto de las cauciones prestadas, en el caso de la regulada en el art. 529.3 procedería su devolución al ejecutante, mientras que la prestada por el ejecutado al amparo del art. 528.3 quedaría afecta al resarcimiento al ejecutante de la demora en la ejecución.

2. Revocación de condenas al pago de cantidad dineraria

El art. 533 regula los efectos producidos sobre la ejecución provisional de condenas pecuniarias por la revocación de la resolución que le sirvió de fundamento. El precepto destina el número

(87) Señala MUERZA ESPARZA que la diferencia en el tratamiento del desistimiento... parece que habrá que ponerlo en relación con la firmeza o no de la resolución, es decir, con la finalización o no del proceso. De esta forma el legislador entiende que si el proceso puede continuar el desistimiento ha de ser expreso, mientras que si la resolución alcanzó firmeza tal forma no es necesaria. MUERZA ESPARZA, J., *Comentarios...*, cit., pág. 117.

tercero a regular los efectos producidos por la sentencia revocatoria no firme, lo que ha dado lugar a que algunos autores estimen que los dos primeros números del artículo se destinan a regular los efectos mencionados que produce sobre la ejecución provisional la sentencia revocatoria cuando esta es firme. Así, como indican tanto QUECEDO ARACIL (88) como MUERZA ESPARZA (89), aunque el precepto no lo diga, hay que entender que el apartado primero, comprensivo de los supuestos de revocación del pronunciamiento provisionalmente ejecutado, total o parcialmente, se refiere a las sentencias firmes que revocan la recurrida. Por el contrario, MONTERO AROCA (90) afirma que es "indiferente que la sentencia revocatoria sea o no firme pues las consecuencias van a ser las mismas". En cualquier caso, a la vista del propio precepto e independientemente de las consecuencias que origine, no parecen carecer de razón los autores citados al estimar que la norma contiene dos supuestos diferenciados en función de la firmeza revocatoria.

A) La íntegra revocación del pronunciamiento provisionalmente ejecutado, art. 533.1, produce dos efectos cuales son el sobreseimiento de la ejecución provisional y el nacimiento a cargo del que fue o es ejecutante provisional de la obligación de devolución de la cantidad percibida, de reintegro al ejecutado las costas que este hubiera satisfecho de la ejecución provisional y de resarcirle los daños y perjuicios que la ejecución le hubiere producido.

El sobreseimiento supone tanto como dejar sin efecto la ejecución provisional, mas si esta estuviese todavía en trámite la primera decisión consistirá en suspenderla de inmediato, y consecuente alzamiento de cualquier medida ejecutiva que afecte al ejecutado.

(88) QUECEDO ARACIL, P., *Comentarios...*, cit., pág. 2.582, este autor estima que la referencia a sentencias no firmes se deduce de la propia estructura del precepto, de la restitución definitiva que regula etc.

(89) MUERZA ESPARZA, J., *Comentarios...*, cit., pág. 119, de no ser firmes los pronunciamientos a que se refieren los números 1.º y 2.º, habría que aplicar el número 3.º

(90) MONTERO AROCA, J., *Derecho...*, cit., pág. 551.

El ejecutante debe devolver al ejecutado la cantidad que aquel hubiese percibido y aun cuando el precepto no alude a intereses deben considerarse incluidos en el concepto de cantidades percibidas (ARMENTA) o en el capítulo correspondiente a daños y perjuicios en tanto que fruto civil del dinero (QUECEDO).

Asimismo, debe reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que este hubiese satisfecho y resarcirle los daños y perjuicios que la ejecución le hubiese producido, en este caso mediante el procedimiento de los arts. 712 y siguientes para su liquidación, valorándose incluso los perjuicios derivados de la privación de los bienes cuya realización ha dado lugar a la efectividad de la ejecución provisional en caso de haberse producido, puesto que la idea en torno a la cual gira la norma en el caso de que se trata es la de la íntegra restitución.

En el caso de enajenación forzosa de bienes del ejecutado puede ocurrir que los bienes hayan sido adjudicados al propio ejecutante o a un tercero. En el primer caso el ejecutante (91) deberá restituir, de ser posible, el bien de que se trate puesto que, en principio y respecto del ejecutante, el reintegro mediante el equivalente económico es subsidiario. En el segundo caso y puesto que la revocación de lo provisionalmente ejecutado no afecta a terceros, aun cuando conociesen que la ejecución era provisional, habrá de estarse a la indemnización de daños y perjuicios. Debe tenerse en cuenta que, como es sabido, la adquisición de bienes por parte de terceros como consecuencia de su enajenación en el procedimiento de apremio, aunque se trate de ejecución provisional, es irrevocable y definitiva, lo que impone que en estos casos el resarcimiento deba realizarse por equivalente. Si bien en cualquier caso lo determinante sería lograr la indemnidad del ejecutado.

(91) Señala TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA en orden a la restitución del bien que sería aplicable la solución que establece con carácter general el art. 1.123 CC para caso de cumplirse la condición resolutoria, aunque la que afecta a la ejecución provisional sea una condición impropia por ser de derecho, pues lo justo es la restitución de lo percibido y no su equivalente económico. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, *Los procesos...*, cit., pág. 337.

El cumplimiento de las obligaciones mencionadas a cargo del inicial ejecutante se exige a través del procedimiento de apremio.

B) Si la revocación es parcial, el ejecutante debe devolver la diferencia entre la cantidad percibida y la resultante de la confirmación parcial más los intereses legales del dinero calculados sobre dicha diferencia, sin que en este caso haya precisión alguna respecto de daños y perjuicios y costas, lo que se explica en unos casos entendiendo "que la estimación parcial del recurso sitúa a los contendientes en comunidad de pérdidas" (QUECEDO), y en otros (MUERZA) por considerar que "estuvo justificada parcialmente la solicitud de la ejecución provisional"; aunque a su entender "que el legislador no haga referencia en este apartado segundo... ni a las costas ni al resarcimiento de daños y perjuicios no tiene necesariamente que significar una prohibición para el tribunal".

C) Cuando la sentencia revocatoria, total o parcial, no fuese firme, el número tres del art. 533 faculta al ejecutado para exigir las cantidades a las que hacen mérito los apartados anteriores a través de la vía de apremio y ante el mismo tribunal ante el que se siguió la ejecución provisional inicial, remitiendo a lo establecido en los arts. 712 y siguientes para la liquidación de daños y perjuicios, se trata de la restitución a obtener a través de una ejecución provisional de sentido inverso a la tramitada inicialmente con aplicación directa del procedimiento de apremio, lo que posibilita el embargo inmediato sin necesidad de requerimiento de pago, y en la que el inicial ejecutante, ahora ejecutado, puede oponerse tan sólo a actividades ejecutivas concretas, dado que se está ante condenas dinerarias.

3. Revocación de condenas no dinerarias

El tratamiento que la LEC dispensa a los supuestos de revocación de condenas no dinerarias distingue según se trate de obligación de dar o de hacer, sin que exista referencia concreta en sede de ejecución provisional a los supuestos de condenas de no hacer.

El criterio general es el de la restitución "in natura" reservando el cumplimiento de la obligación correspondiente a través de equivalente económico para los casos en los que el cumplimiento en la forma expuesta fuera imposible.

A) El primero de los supuestos a contemplar es el correspondiente a la revocación de resolución que hubiese condenado a la entrega de un bien determinado, obviamente dentro del referido concepto deben considerarse incluidas las modalidades previstas en los arts. 701, 702 y 703, de modo que el concepto comprende las modalidades de entrega relativas a cosa mueble, cosas genéricas y bienes inmuebles, preceptos que habrán de tenerse en cuenta en orden al cumplimiento de la obligación que impone el art. 534.1.

El precepto establece para estos casos la restitución al ejecutado de la cosa de que se trate y además la de las rentas, frutos o productos o el valor pecuniario de la utilización del bien. Prima, por lo tanto, la restitución "in natura" que será obligada para el ejecutante mientras la cosa se encuentra en su poder, pudiéndose emplear al efecto los apremios correspondientes y la puesta en posesión del bien de que se trate, art. 675. La norma contenida en el art. 534.1 alude a la restitución "en el concepto en que lo hubiere tenido"; por lo tanto, la restitución ha de hacerse en el mismo estado físico y jurídico en que el bien se encontraba cuando se entregó al ejecutante sin cargas ni gravámenes que no tuviese en el momento de dicha entrega. En este sentido señala QUECEDO que "la restitución puede comportar el resarcimiento de los gastos de mantenimiento y conservación y los efectuados para la obtención de frutos deberán ser deducidos del importe de estos, como gastos necesarios y útiles hechos por el ejecutante que hasta el momento de la sentencia es poseedor de buena fe, y tiene derecho a su resarcimiento ex arts. 452 y 453 CC. Lo mismo puede decirse de los deterioros y mejoras cuya restitución se registrará por el art. 1122 CC en función de la imputabilidad del ejecutante vencido hasta ese momento tenedor de la cosa".

Cuando la restitución fuese imposible de hecho o de derecho el ejecutado podrá pedir que se le indemnicen los daños y perjuicios

que han de comprender tanto la entrega del equivalente económico del bien como el resarcimiento de daños y perjuicios cuando se hayan producido, los cuales se liquidan a través del procedimiento de los arts. 712 y siguientes a los que remite el art. 534.1, segundo párrafo, teniendo en cuenta también lo regulado en el art. 717 en orden a la determinación del equivalente dinerario de una prestación no dineraria.

B) Tratándose de una condena de hacer que se hubiese revocado, la consecuencia que la Ley impone es la obligación de deshacer lo mal hecho e indemnizar los daños y perjuicios causados, por lo tanto, restitución de las cosas al estado anterior e indemnización. Ello no obstante, en ocasiones será difícil deshacer lo hecho, sobre todo cuando exista incorporación a otras cosas de suerte que el deshacer pueda suponer la destrucción de la cosa a la que el hacer se incorporó o que resulte dañada, en estos casos, la restitución del estado de cosas al que tenían antes de la ejecución ha de sustituirse por la compensación económica correspondiente, piénsese además que en muchas ocasiones el deshacer resultará antieconómico. Por ello, bien puede estimarse que en la mayoría de los casos en que deba "deshacerse lo hecho" habrá de acudir a la compensación económica liquidándose los perjuicios con arreglo a los arts. 712 y siguientes.

C) Aunque la Ley no menciona en sede de ejecución provisional los supuestos de revocación de condenas referidas a un no hacer, no parece que haya especial inconveniente en que se resarzan los daños y perjuicios producidos en caso de haber cumplido el ejecutado con la referida obligación negativa.

Por último, las consideraciones efectuadas no varían en el caso de que la sentencia revocatoria no sea firme, produciéndose ejecución provisional en sentido inverso en la que el inicial ejecutante obligado a restituir, deshacer o indemnizar, puede oponerse a la ejecución provisional mencionada con arreglo a lo previsto en el art. 528.

IX. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Como la LEC considera la ejecución provisional como institución única, los preceptos que ésta destina a la regulación de la ejecución provisional en segunda instancia, esto es, las sentencias definitivas no firmes por haber sido recurridas por infracción procesal o en casación cuya ejecución provisional no fue pedida en primera instancia, carecen de especiales peculiaridades.

El tribunal competente es también el de primera instancia, la petición no difiere de la estudiada y las únicas peculiaridades son las que se expusieron en cuanto al momento inicial de la solicitud que es desde que se tiene por preparado el recurso correspondiente contra la sentencia de segunda instancia, siendo el momento final cuando haya sido dictada sentencia en él. Obviamente, debe acompañarse testimonio de las sentencias de apelación a solicitar y obtener del tribunal donde se encuentren los autos, pudiéndose acompañar los particulares que se consideren convenientes para la ejecución.

La oposición se rige por las normas que regulan la oposición provisional de las sentencias dictadas en primera instancia y en caso de confirmarse la resolución ejecutada provisionalmente se remite el art. 536 al art. 532, aunque en realidad la confirmación de la sentencia de segunda instancia el efecto que produce es la apertura de la ejecución definitiva. Por último, los supuestos de revocación de estas sentencias se rigen por lo establecido en los arts. 533 y 534, lo que justifica la denuncia de los autores acerca de la inutilidad del art. 537 (92).

X. PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO

Uno de los temas que más viva polémica ha suscitado es el relativo al alcance que deba darse a las Disposiciones Transitorias

(92) CABALLOL I ANGELATS, LL., *Ley de Enjuiciamiento...*, cit., pág. 658; QUECEDO ARACIL, P., *Comentarios...*, cit., pág. 2.591.

segunda, tercera, cuarta y sexta en relación con la ejecución provisional introducida por la nueva LEC, sobre todo respecto de la devolución de las fianzas prestadas al amparo de la normativa derogada dado que la vigente no exige caución para despachar la ejecución provisional.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (93) considera posible solicitar y obtener la ejecución provisional de acuerdo con la LEC nueva, de resoluciones dictadas cuando estaba vigente la LEC de 1881 pese a haber transcurrido el plazo de seis días que establecía el art. 385 y pese a que la resolución no fuese susceptible de ejecución provisional de acuerdo con la normativa derogada.

En cuanto al tema de la devolución de la fianza, que al autor citado se plantea, parece inclinarse por tal posibilidad al objeto de evitar el desistimiento de la ejecución provisional en trámite con arreglo a la LEC 1881, y su nueva petición con arreglo a lo establecido en la LEC vigente.

En cuanto a la posibilidad de reiterar ahora el despacho de la ejecución provisional de aquellas que en su día se pidieron y se denegaron, considera que "la fuerza de la cosa juzgada formal que produce la resolución denegatoria" constituiría "un muy serio obstáculo".

VALLS GOMBAU (94), por su parte, estima que es posible, tras obtener y proseguir la ejecución provisional con arreglo a la LEC de 1881, desistir y volver a plantearla, pues no existiría inconveniente en desistir de la ya iniciada y solicitar la nueva "con pérdida de las medidas de garantía que se hubieran adoptado para asegurar trabas...". Por el contrario, "la ejecución provisional despachada conforme a las normas de la LEC de 1881 se disciplinará por sus normas, sin que proceda ni la solicitud de devolución de fianza (a partir del día 8-01-2001) ni el régimen de

(93) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución...*, cit., págs. 164-165.

(94) VALLS GOMBAU, J. F., "El régimen de las normas de derecho transitorio en la nueva LEC 1/2000". *Diario La ley*, ejemplar correspondiente al día 1-12-2000.

oposición de la LEC 1/2000 cuando hubiera sido despachada conforme a la normativa derogada "y ello al aplicarse el régimen de unidad de tramitación".

REVILLA (95) considera que no es posible jurídicamente acceder a la devolución a los ejecutantes de las fianzas constituidas bajo la LEC de 1881 por estimar que lo contrario infringiría el art. 9.3 CE, aduciendo también razones de irretroactividad de la nueva LEC, afirmando, incluso, la imposibilidad de reiterar la ejecución provisional sin fianza de la misma sentencia cuando la ejecución provisional fue provisionalmente ejecutada por entero. Afirma este autor que si se desiste de la ejecución provisional despachada con fianza, ya no se puede obtener una segunda ejecución provisional sobre lo mismo y ya sin caución con arreglo a la nueva normativa, porque ello entrañaría un fraude procesal en perjuicio del legítimo derecho de garantía ya adquirido por el ejecutado, amén de la obligación de ejercitar los derechos de buena fe y sin abusos procesales.

Con arreglo a las Disposiciones Transitorias 2.^a, 3.^a, 4.^a y 6.^a habría que distinguir, por un lado, las ejecuciones provisionales que no llegaron a pedirse en asuntos cuyas sentencias penden de los recursos de apelación o de casación, en estos casos las transitorias tercera y cuarta permiten, pese a todo, que se pida la ejecución provisional. Y por otro lado, las pedidas y obtenidas o denegadas.

En cuanto a las ejecuciones provisionales que se pidieron al amparo de la LEC de 1881 y que fueron denegadas, no parece posible que quepa su reiteración ahora al amparo de la nueva LEC puesto que a ello se opondría, como señalaba FERNÁNDEZ BALLESTEROS, la cosa juzgada formal de la resolución que en su día la denegó.

En cuanto a los procesos en primera instancia, la Disposición transitoria segunda lo que dice es que los procesos de declaración

(95) REVILLA, F., "Sobre la devolución de la fianza prestada para la ejecución provisional de sentencia". *Diario La ley*, ejemplar correspondiente al día 20-04-2001.

que al entrar en vigor la LEC nueva se encontraran en primera instancia, se regirán hasta que recaiga sentencia en dicha instancia por la LEC de 1881, y que en cuanto a la apelación, la ejecución, también la provisional... serán aplicables las disposiciones de la nueva LEC. Aun reconociendo la falta de claridad de la mencionada transitoria, en mi opinión habría que poner en relación el último inciso con el resto de su contenido, lo que implicaría que la aplicación del nuevo régimen de la ejecución provisional estaría supeditado a que se tratase o derivase de procesos de declaración que, como dice la Disposición citada, se encontrasen en trámite, sin haberse dictado sentencia, a la fecha de entrada en vigor de la nueva LEC, lo que implicaría, además, que la sentencia hubiese recaído vigente ya la LEC 1/2000. Por ello, a los procesos que no se encontraban en esas circunstancias no les sería aplicable el nuevo régimen de la ejecución provisional.

Consecuencia de ello sería que las ejecuciones provisionales pedidas y obtenidas con arreglo a la antigua LEC seguirían tramitándose por sus normas, en cuanto que respecto de ellas no concurren las circunstancias contenidas en la transitoria, sin perjuicio de que las actuaciones propias de la ejecución forzosa se acomodasen al régimen de la LEC nueva, por disponerlo así la transitoria sexta. Consecuencia de lo expuesto es que las ejecuciones que se pidieron y obtuvieron con arreglo a la LEC de 1881 seguirían tramitándose, con la salvedad expuesta, por la normativa derogada en cuanto a ellas no les alcanza el contenido de la transitoria 2.^a, por lo tanto, no procedería la devolución de la fianza al serles de aplicación el conjunto normativo de la LEC antigua, salvo la excepción citada.

Aunque la parte podría desistir de la ejecución provisional lograda al amparo de la legislación anterior, por aplicación del principio dispositivo, me parece muy problemático que la misma parte que desistió pueda volver a pedir la ejecución provisional de la misma resolución al objeto de que se le aplique el nuevo régimen porque, entre otras razones, la transitoria mencionada exige para aplicar la nueva ejecución provisional que se trate de procesos de declaración pendientes al día 8-01-2001 en los que, por tanto, no

habría recaído sentencia, y respecto de los procesos de los que deriva la ejecución provisional que se desistió no se encontraban en primera instancia pendientes de sentencia a la fecha de entrada en vigor de la LEC nueva, que son, a mi entender, de los que la transitoria segunda predica la posibilidad de aplicar el régimen de la nueva ejecución provisional, y en este sentido hay que considerar que la sentencia correspondiente a los procesos a que se refiere la transitoria 2.^a habrá recaído después de la entrada en vigor de la nueva LEC, concluyendo así la primera instancia, todo lo cual justificaría la aplicación a estos procesos de las nuevas normas reguladoras de la ejecución provisional, lo que resultaría acorde con la tradicional distinción del proceso en fases a los efectos de resolver los problemas derivados de derecho intertemporal.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, T.: *La ejecución Provisional*. Ed. La Ley. 1.^a Edición. Madrid, 2000.
- ARROYO GARCÍA, S.: "Comentarios a los arts. 524 a 537 LEC". En *Comentarios prácticos a la nueva LEC*. Ed. Trivium.
- BARBANCHO TOVILLAS, F. J.: "Comentarios a los arts. 524 a 537 LEC". En *Comentarios a la nueva LEC*. Manuales de formación continuada. CGPJ. Madrid 2000.
- "Estudio del PLEC". En *Proyecto de LEC*. Estudios de Derecho Judicial. T. II. CGPJ. Madrid, 2000.
- CABALLO I ANGELATS, LL.: "Comentario a los arts. 524 y 537 LEC". En *Ley de Enjuiciamiento civil*. Ed. Forum. Oviedo, 2000.
- DAMIÁN MORENO, J.: "Comentario a los arts. 524 a 537 LEC". En *Comentarios a la nueva LEC*. Tomo III. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2000.
- DÍEZ PICAZO-GIMÉNEZ, I.: *Derecho Procesal Civil*, con DE LA OLIVA. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2000.

- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva LEC*, págs. 147 y ss. Ed. Iurgium. Madrid, 2001.
- GARCÍA-MIGUEL GARCÍA-ROSADO, M.: "La ejecución provisional en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil". En *LEC II. Estudios Jurídicos VI 2000*. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia. Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ VELASCO, J.: "La ejecución provisional en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil". En *LEC II. Estudios Jurídicos VI 2000*. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia. Madrid, 2000.
- HERNÁNDEZ VERGARA, A.: "La ejecución provisional en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil". En *LEC II. Estudios Jurídicos VI 2000*. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia. Madrid, 2000.
- MAGRO SERVET, V.: "La ejecución provisional de sentencias no dinerarias". *La Ley*, ejemplar correspondiente al día 16-03-2001.
- MONTERO AROCA, J. y otros: *Derecho Jurisdiccional*, T. II. 10.ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. Págs. 537 y ss.
- MUERZA ESPARZA, J.: "Comentario a los arts. 524 a 537 LEC". En *Comentarios a la LEC*, T.II. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2001.
- QUECEDO ARACIL, P.: "Comentarios a los arts. 524 a 537 LEC". En *Comentarios a la nueva LEC*. Ed. Iurgium. Barcelona, 2000.
- REVILLA, F.: "Sobre la devolución de fianza prestada para la ejecución provisional de sentencia". *La Ley*, ejemplar correspondiente al día 20-04-2001.
- RIFÁ SOLER, J. M.: "La ejecución provisional". En *Comentarios sobre el PLEC*. XIII Jornadas Jurídicas. Facultad de Derecho y Economía. Universidad de Lleida.

- SALGADO CARRERO, C.: "Los títulos ejecutivos: la sentencia y los demás títulos ejecutivos. La ejecución provisional de las resoluciones procesales. La ejecución en general: las partes de la ejecución y el tribunal competente". En *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales de la nueva LEC*. Estudios de Derecho Judicial. 31. CGPJ. Madrid 2000.
- TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M.: "Comentarios a los arts. 524 a 537 LEC". En *Los Procesos civiles. Comentarios a la LEC con formularios y jurisprudencia*. Tomo 4. Ed. Bosch, SA. Barcelona 2001.
- VALLS GOMBAU, J. F.: "La ejecución provisional". En *Ejecución de sentencias civiles*. Cuadernos de Derecho Judicial X. CGPJ. Madrid, 1992.
- "El régimen de las normas de derecho transitorio en la nueva LEC 1/2000". *La Ley*, ejemplar correspondiente al día 1-12-2000.
- ZARAGOZA CAMPOS, J. M.: "La ejecución en la nueva LEC". *BIMJ*, año LV n.º 1895, 16-06-2001.

Pamplona, noviembre de 2001.

LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN FORZOSA:
ALGUNOS PROBLEMAS

Aníbal Sabater Martín

Doctor en Derecho. Profesor Asociado
de Derecho Procesal en la Universidad
Complutense de Madrid. Abogado

LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN FORZOSA: ALGUNOS PROBLEMAS

SUMARIO: I. ¿CÓMO SE FORMULA Y SUSTANCIA LA OPOSICIÓN FUNDADA EN MOTIVOS DE FONDO Y "DE FORMA"? II. ¿CÓMO SE FORMULA UNA OPOSICIÓN DE FONDO BASADA EN MOTIVOS DISTINTOS DE LOS QUE CONTEMPLAN LOS ARTS. 556 A 558 DE LA LEC? III. ¿QUÉ DEBE HACER EL JUEZ CUANDO ESTIME LA OPOSICIÓN A QUE SE REFIERE EL ART. 559 DE LA LEC? IV. ¿CUÁL ES EL MOMENTO PROCESAL ADECUADO PARA ALEGAR COMO MOTIVO DE OPOSICIÓN LA FALTA DE CARÁCTER DE ALGUNA DE LAS PARTES? V. ¿ES POSIBLE Oponerse A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL POR ALGÚN MOTIVO DISTINTO DE LOS PREVISTOS EN EL ART. 528.2 DE LA LEC?

En el proceso de declaración el Juez decide; en el de ejecución actúa (1). Este antiguo (2) y bien conocido principio inspira casi

(1) "La protección jurisdiccional o tutela jurídica que el Estado se obliga a prestar puede desarrollarse en dos etapas o "estadios" procesales diferenciados. Al primer estadio se refiere la facultad [...] de incoar un proceso declarativo, cuya finalidad se contrae a averiguar si el afirmado derecho a la tutela existe y (si existe) está atribuido a quien reclama [...] mas [...] el Estado debe arbitrar todos aquellos medios o sistemas de coacción que sean necesarios para que lo ordenado en la sentencia tenga efectividad práctica [...] Al conjunto de estas actuaciones coactivas se llama proceso de ejecución" (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel, *Las ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Iurgium, Madrid, 2001, págs. 25-26).

(2) Sobre su arraigo en el Derecho histórico español puede verse, por ejemplo, SALA, Juan, *Ilustración del Derecho real de España*, II, Imprenta de Vergés, Madrid, 1834, págs. 291 y ss.

cualquier sistema procesal contemporáneo (3) –también el español "diseñado" en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) (4)–; pero su aplicación resulta sólo tendencial: sólidas razones –entre las que se encuentra el tan invocado "derecho a la tutela judicial efectiva"– aconsejan que se permita al deudor poner de relieve que el proceso de ejecución es improcedente o se está sustanciando de forma incorrecta.

Por eso, los arts. 556 a 561 de la LEC han establecido lo que se ha dado en llamar un "incidente de oposición a la ejecución" (5). O lo que es igual: un incidente de naturaleza declarativa que se promueve en el seno de la ejecución forzosa y que sirve para verificar precisamente si ha lugar a tramitarla.

Este incidente y, más en general, todo el sistema de oposición a la ejecución forzosa que contempla la LEC 2000 han sido ya estudiados con rigor y detalle (6). No volveremos, pues, sobre su filosofía o funcionamiento. Menos ambicioso, nuestro propósito es abordar algunos problemas relevantes –por su complejidad y frecuencia– que está planteando su aplicación práctica (7) y que, en esencia, podrían enunciarse y tratar de contestarse del siguiente modo:

(3) Así se reconoce en diversas obras extranjeras: BROX, Hans, y WALKER, Wolf, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Heymanns, Colonia - Berlín - Bonn - Múnich, 1999, pág. 2; JAUERNIG, Othmar, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, Beck, Múnich, 1999, págs. 39 y ss.

(4) Lo viene a reconocer el legislador en § XVII de la Exposición de Motivos.

(5) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* –con DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, y VEGAS TORRES, Jaime, Cera, Madrid, 2000, pág. 86.

(6) En la actualidad nos parece que las explicaciones más completas sobre la cuestión pueden encontrarse en dos obras ya citadas: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales...*, cit.; y FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...*, cit.

(7) La oposición a un concreto acto ejecutivo –y no al despacho o a la ejecución forzosa en general– queda fuera del ámbito de esta ponencia.

I. ¿CÓMO SE FORMULA Y SUSTANCIA LA OPOSICIÓN FUNDADA EN MOTIVOS DE FONDO Y "DE FORMA"?

1. Los arts. 556 a 558 de la LEC establecen los motivos que fundan la oposición de fondo a la ejecución; el art. 559 los que fundan la oposición "de forma" o procesal. Para los primeros –es decir: para los motivos de fondo– la LEC indica el momento en que debe hacérselos valer: diez días a partir de la notificación al deudor del auto que despacha la ejecución; para los segundos –para los motivos "de forma"– no.

Ante esta laguna, al intérprete se le ofrecen tres alternativas. La primera consiste en entender que los vicios "de forma" –o procesales– deben ponerse de relieve después de que se hayan alegado –y desestimado– los de fondo. Pero esta solución ignora algo que el art. 560.I establece con toda claridad: que el examen de los vicios procesales debe efectuarse en todo caso antes que el de los vicios de fondo (8).

La segunda alternativa consiste en entender que los vicios procesales han de denunciarse durante los diez días siguientes a la notificación del auto que despacha la ejecución y en un escrito previo a aquel en el que se ponen de relieve los de fondo.

(8) No cabe duda sobre la prevalencia cronológica –son un prius– de las cuestiones procesales sobre la de fondo. La existencia de un vicio procesal (sea en la forma de óbice o en la de falta de un presupuesto) impide entrar a decidir sobre la cuestión de fondo (en el caso de la ejecución forzosa, sobre la existencia o ausencia de acción ejecutiva). Y a la inversa: si se entra a decidir la cuestión de fondo es porque se parte expresa o tácitamente de la base de que no existen vicios procesales. Así se desprende de lo que señala la Exposición de Motivos de la LEC para los procesos de declaración –aunque no debe existir problema en aplicar esta misma afirmación a los procesos de ejecución–: "Es una exigencia racional y constitucional que se resuelvan, cuanto antes, las eventuales cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, de modo que se eviten al máximo las sentencias que no entren sobre el fondo del asunto litigioso y cualquier otro tipo de resolución que ponga fin al proceso sin resolver sobre su objeto, tras costosos esfuerzos baldíos de las partes y del tribunal" (§ XI).

Una solución como ésta puede resultar aconsejable cuando la alegación de vicios procesales suspende el procedimiento y detiene el cómputo del plazo para efectuar alegaciones de fondo (como, por ejemplo, hace la declinatoria en el proceso de declaración: art. 64.1 de la LEC). Pero eso es precisamente lo que no sucede con los motivos de oposición previstos en el art. 559: por aplicación de la regla general contenida en el art. 565.1 de la LEC, su invocación no produce efectos suspensivos y, si se permite alegarlos antes que los motivos de fondo, se corre el riesgo de que la sustanciación de la oposición sea desordenada y muy poco "económica" (9); y lo que es peor: se corre el riesgo de forzar al juez a sustanciar una oposición por motivos de fondo, que resultará inútil y perderá su razón de ser en el caso de que la oposición por motivos procesales sea finalmente estimada.

La tercera y, a nuestro ver, más razonable alternativa consiste en entender que la LEC impone tácitamente al deudor la carga de alegar conjuntamente –o sea: en un mismo escrito presentado durante los diez días siguientes a la notificación del despacho– todos los motivos de oposición de fondo y "de forma" que entienda que le competen frente al acreedor (10). Sólo así se evitarán innecesarios gastos de "energía jurisdiccional" y sólo así se garantizará una sustanciación algo más razonable y equilibrada.

(9) Mantener la "economía procesal" es hoy grave inquietud del legislador. Eso le lleva, por ejemplo, a tratar de evitar que en el proceso ordinario se celebre el juicio y se practique prueba sobre la cuestión de fondo si no ha quedado antes establecido que no existen vicios procesales en el modo de constituir la *litis* (art. 429 de la LEC); o a dar la oportunidad de que se tramiten en un mismo proceso reclamaciones conexas (arts. 71, 72 y 76).

(10) Cuando lo que se denuncia es únicamente la existencia de vicios procesales, se plantea también el problema del plazo para alegarlos. Exigir que su alegación se produzca en los diez días siguientes al despacho de la ejecución es la solución generalmente aceptada (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit., pág. 89; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...*, op. cit., pág. 567), pues resulta conforme –por analogía– con lo dispuesto en los arts. 556 y 557; evita que los vicios procesales sean largo tiempo consentidos; impide que se dé más tiempo al deudor para oponerse por motivos de fondo que por motivos procesales; y previene que el ejecutado, en el momento en que le resulte más conveniente, introduzca elementos nuevos –y perturbadores– en la sustanciación de la ejecución.

2. Lo que sucede es que este escrito de oposición fundado tanto en motivos de fondo como de forma no será sustanciado "de una sola vez". De él se dará traslado inicialmente al acreedor por plazo de cinco días para que se pronuncie sólo sobre los vicios procesales que alega el ejecutado. A continuación el Ejecutor decidirá sobre ellos (11). Y, si resultan desestimados, se dará audiencia al acreedor sobre los motivos de oposición de fondo por plazo de otros cinco días; tras los cuales podrá celebrarse una vista y se resolverá (art. 560).

3. Con esta sustanciación que el art. 560 de la LEC impone para la oposición, el acreedor puede gozar de meses –en algún caso, incluso, de años (12)– para contestar a los motivos de oposición por razones de fondo que el deudor hubo de alegar "apresuradamente" en el mucho más breve plazo de diez días (13).

II. ¿CÓMO SE FORMULA UNA OPOSICIÓN DE FONDO BASADA EN MOTIVOS DISTINTOS DE LOS QUE CONTEMPLAN LOS ARTS. 556 A 558 DE LA LEC? (14)

1. Los arts. 556 a 558 de la LEC son doblemente limitativos. Lo son, en primer lugar, porque no recogen todos los motivos de fondo

(11) Aunque la Ley nada dice al respecto, este auto pone fin al incidente y, precisamente por eso –es decir: porque no es interlocutorio–, frente a él no cabe la reposición y ha de intentarse directamente la apelación. De hecho, si no se concede este régimen de impugnación, se "propicia un trato diferenciado a las dos clases de oposición a la ejecución" (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, y GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, "Respuesta escrita a la cuestión n.º 76", en las aún inéditas *Actas del Encuentro de Catedráticos y Profesores titulares de Derecho procesal de las Universidades españolas, celebrado en Murcia los días 13 a 15 de diciembre de 2001*).

(12) Así sucederá, por ejemplo, si en primera instancia los motivos procesales de oposición a la ejecución resultan estimados y en segunda instancia resultan desestimados.

(13) La solución es sin duda injusta. Pero nos parece que no hay otra alternativa que evite estos problemas y, a la vez, sea congruente con la Ley y permita la correcta sustanciación del proceso.

(14) Podría también preguntarse cómo se formula una oposición procesal basada en motivos distintos de los que contempla el art. 559 de la LEC –v. g. basada

que hacen ilícita una ejecución (v. g. no contemplan que la compensación del crédito sea alegable como motivo de oposición a la ejecución de una sentencia); y, en segundo lugar, porque sujetan la alegación de los motivos de oposición al cumplimiento de féroos requisitos de forma y de tiempo (v. g. no permiten la alegación del pago que no conste documentalmente o que se haya producido más tarde de los diez días siguientes a la notificación del despacho) (15).

Ahora bien, es obvio que todos los motivos de fondo que hagan ilícita la ejecución forzosa han de poder ser denunciados de algún modo (16) y, si no es al amparo de los arts. 556 a 558, habrá de ser mediante el proceso incidental previsto en el art. 22, o a través del sistema de recursos que se contempla en el art. 563, o en un juicio declarativo separado (17).

2. El proceso incidental previsto en el art. 22 de la LEC (18) sirve para alegar todos aquellos motivos que no tienen "cabida" en

en el irregular modo de notificar el auto que despacha la ejecución—; pero nos parece que la respuesta aquí es más sencilla: interponiendo el correspondiente recurso (art. 562.1.1.º y 2.º LEC) y, si no cupiera recurso alguno, promoviendo el incidente a que se refiere el art. 562.1.3.º LEC; con una excepción: si el vicio procesal consiste en la falta de competencia o jurisdicción del tribunal, el cauce procedente para la oposición será el de la declinatoria (art. 547 LEC).

(15) Por ser tan pocos los vicios que se pueden denuncia a través de este cauce, algún autor ha afirmado que la prevista en el art. 556 de la LEC no es la verdadera oposición por motivos de fondo a la ejecución forzosa (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...*, cit., pág. 449).

(16) De lo contrario, se privaría al deudor de valiosas defensas, se ejecutarían deudas inexistentes y se facilitarían la producción de estafas procesales y la consumación de enriquecimientos injustos.

(17) Para muchos autores, todos los vicios que no puedan ser denunciados a través de los arts. 556 a 559 ni a través del sistema general de recursos deberán ser denunciados en un juicio declarativo separado. Así, vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit., pág. 85; y FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, op. cit., págs. 454 y ss. No estamos del todo de acuerdo: como acabamos de decir, creemos que existe una vía intermedia que en determinadas ocasiones permite denunciar la falta de acción ejecutiva: la incidental prevista en el art. 22 de la LEC.

(18) Sobre la tramitación de este incidente, vid. GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, "Artículo 22", en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*

los arts. 556 a 558 y que hacen ilícita la ejecución por haberse producido la satisfacción extraprocésal del acreedor (19).

Eso lo convierte en el cauce idóneo para pedir el archivo de la ejecución si, por ejemplo:

a) el ejecutado ha pagado más de diez días después de que se le notificara el despacho;

b) el ejecutado ha pagado en cualquier momento, pero su pago no es acreditable de forma documental;

c) se está ejecutando la condena impuesta en una sentencia (20) que ha sido objeto de un pacto de quita (21) y espera (22);

d) está teniendo lugar la ejecución forzosa de un título extrajudicial, pero las partes, para evitarla, han celebrado una transacción que no obra en documento público;

—FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel, RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, coordinadores—, t. I, Iurium, Barcelona, 2001, págs. 284.

(19) Por el modo en que está redactado, puede dar la sensación de que el art. 22 y el incidente en él previsto son sólo aplicables cuando se ventila un proceso de declaración (así se explicaría por ejemplo que el precepto se refiera a "actor" y a "demandado"). Pero la verdad es que el artículo se encuentra contenido en el Libro I de la LEC, que regula todos los procesos civiles: sean de ejecución o de declaración.

(20) Entendemos que, en el fondo, el pacto de quita y espera es una forma más de transacción que retarda el proceso de ejecución o hace imposible una parte de él. Por eso, no debería haber inconveniente para que se alegase su existencia a través del cauce de los arts. 556.1.II y 557.1.6.º de la LEC, si no fuera porque el art. 557.1.7.º de la LEC le da al pacto de quita y espera un tratamiento diferente al de la transacción "normal" y deja claro que una y otra figura no se pueden asimilar en cuanto a su tratamiento procesal.

(21) En este caso, la ejecución se sobreseerá respecto del importe "quitado" o condonado; pero continuará respecto del resto.

(22) En este caso, el acreedor se encuentra satisfecho extraprocésalmente hasta que transcurra el período de "espera". Pero, una vez que transcurra, podrá volver a pedir el despacho de la ejecución.

e) el crédito que consta en la sentencia a favor del acreedor ejecutante es compensable con otro del ejecutado que consta también en título ejecutivo (23); o

f) se han consolidado en el ejecutante la posición de acreedor y deudor.

3. En otras ocasiones la ejecución es ilícita, no porque el acreedor ya haya sido satisfecho, sino porque el Ejecutor le da más —o cosa distinta— de lo que la sentencia ejecutada le reconoce. Se dice entonces que el Juez ha proveído en contradicción con el título ejecutivo judicial y se le otorga al ejecutado la posibilidad de interponer recurso de reposición y posterior apelación (art. 563).

Estos dos recursos quedan así convertidos en el cauce adecuado para poner de relieve, por ejemplo, que:

a) El Juzgado está ejecutando como solidaria una condena que en la sentencia aparece como mancomunada —o viceversa—.

b) Se ha despachado ejecución de una condena de hacer cuando la sentencia impone una condena pecuniaria —o viceversa—.

Se ha despachado ejecución por un importe superior al que la sentencia establece como exigible (24).

(23) Si el crédito del ejecutado no consta en título ejecutivo, por analogía con lo dispuesto en el art. 557.1.2.^a y porque la cuestión presenta gran complejidad, deberá acudir al juicio ordinario correspondiente.

(24) Aunque no todo despacho por importe superior al exigible de acuerdo con el título debe ser denunciado mediante el cauce del art. 563. Si el exceso se ha producido porque el actor ha liquidado erróneamente el importe de la condena con reserva —aún posible en algún caso: art. 219.2— o de la condena de futuro —art. 220—, el ejecutado habrá de alegar el vicio procesal en el incidente de los arts. 712 y ss. Probablemente lo mismo deba hacerse si el actor ha liquidado "al alza" los intereses que se le deben. Si el exceso se ha producido al presupuestar las costas, el ejecutado habrá de denunciarlo en el momento en que se tasen. Pero, si el exceso se ha producido lisa y llanamente porque la sentencia condena a pagar X y el ejecutante ha pedido y ha obtenido el despacho por X + 100 + intereses y costas, entonces el deudor

4. Como se desprende del art. 553.1.1.º, es perfectamente posible que los actos contrarios al título se acuerden en el mismo auto que despacha la ejecución. En ese caso, creemos que debe ceder la regla general que establece el art. 551.2 —irrecorribilidad del auto que despacha la ejecución—, en beneficio de la especial que consagra el art. 563 —recorribilidad de los pronunciamientos contradictorios con lo ejecutoriado—.

De hecho, creemos que la incompatibilidad entre ambos preceptos es sólo aparente. Lo que el art. 551.2 establece es que no cabe recurso alguno frente al pronunciamiento por el que se despacha ejecución; esto es: frente al pronunciamiento por el que se sujeta un patrimonio —el del ejecutado— al pago de una deuda —la expresada en el título— (25).

Ahora bien, en la misma resolución en la que se contiene ese pronunciamiento, pueden contenerse otros lógicamente posteriores y accesorios de él (26); por ejemplo, los que establecen cuál es el importe por el que queda afectado el patrimonio del deudor ejecutado, o si su responsabilidad se va a exigir de forma solidaria o mancomunada.

Son esos pronunciamientos que complementan al del despacho los que pueden infringir el título ejecutivo y los que el art. 563 declara recurribles.

no tendrá más remedio que poner de relieve esta infracción del título ejecutivo mediante los recursos a que se refiere el art. 563 —y no alegando, al amparo de los arts. 556 a 558, una suerte de pluspetición, pues pluspetición es sólo el "exceso en la computación a metálico de las deudas en especie" y únicamente puede ser alegada por el cauce de los arts. 556 a 558 cuando lo que se ejecuta es un título extrajudicial: art. 557.1.3.^a—. Adviértase que, aunque indeseables, estos supuestos en los que el acreedor pide abiertamente —y se le concede— el despacho por importe superior al que establece la sentencia son perfectamente posibles: el art. 575.1 establece que, como regla general, el Ejecutor despachará ejecución por la cantidad que se le pida y no podrá examinar *a limine* la subsistencia o importe a que asciende la deuda.

(25) Porque es en eso en lo que consiste el pronunciamiento que despacha ejecución: CARRERAS LLANSANA, Jorge, *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957, págs. 76 y ss.

(26) Por eso presume el art. 563.1 que la infracción del título ejecutivo se producirá "habiéndose despachado ejecución".

5. Todas los motivos que hagan ilícito el proceso de ejecución y que no puedan ser denunciados a través de los arts. 556 a 558 de la LEC, ni provengan del hecho de haberse dado satisfacción extraprocesal al ejecutante, ni constituyan una infracción de título ejecutivo judicial, habrán de ser alegados en el correspondiente proceso separado de declaración.

Debe para ello ejercitarse una acción tendente a que el título desaparezca del mundo jurídico; es decir, deje de ser relevante y, sobre todo, de producir los dos efectos más característicos y "peligrosos" que hay en él: la fuerza de cosa juzgada y la ejecutividad (27).

Una acción de este tipo:

a) Debería dirigirse, como mínimo, frente al acreedor ejecutante (28).

b) Se sustancia a través de los cauces del juicio declarativo ordinario (29) (lo que implica la posibilidad de que existan dos instancias, recurso extraordinario por infracción procesal y casación).

c) Es de naturaleza constitutivo-procesal —sirve para privar de efectos a una resolución que hasta entonces los ha producido normalmente— y encuentra fundamento legal en los arts. 5.1 (30) y 564 (31) de la LEC.

(27) De hecho, el "suplico" de esta acción podría ser aproximadamente el siguiente: "que se prive de efectos jurídicos al.../... [datos del título ejecutivo: fecha de emisión, procedencia, etc.] y, en especial, que se lo prive de fuerza de cosa juzgada y de ejecutividad".

(28) En función de lo que se pida, a lo mejor también frente a todas las demás personas que intervinieron en el proceso en el que ese título ejecutivo se llegó a dictar.

(29) Se trataría de un juicio verbal si el "importe de la ejecución" fuese inferior a los 3.005 € (o 500.000 pesetas).

(30) Que, con carácter general, permite a cualquier interesado pretender del Juez competente ".../... la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas.../..."

(31) Leído literalmente, el art. 564 de la LEC resulta "expropiatorio" de alegaciones e impide, por ejemplo, pedir que se prive de efectos a lo ejecutado porque

6. Aunque algo inusuales en la práctica, estas "acciones de oposición" a la ejecutoria (32) han resultado admitidas por la jurisprudencia (33) y defendidas por la doctrina (34); pueden ser acompañadas de una solicitud de medidas cautelares pidiendo que se paralice temporalmente el proceso de ejecución (35); y sirven, por ejemplo, para denunciar vicios como los siguientes:

a) Que el título ejecutivo fue obtenido como consecuencia de un fraude procesal o de un proceso convenido.

b) Que en la emisión u otorgamiento del título ejecutivo extrajudicial que se está ejecutando existieron vicios del consentimiento, o que no hubo en absoluto emisión de consentimiento, o que falta la causa, o que versa sobre un objeto ilícito (36).

la escritura que se está ejecutando y en la que se documenta un contrato se otorgó estando sometido el deudor ejecutado a violencia, intimidación o error. Evidentemente, el art. 564 de la LEC ha de ser leído a la luz del sentido común y del art. 24 de la CE y se debe entender que en él se permiten alegar en un juicio separado todos los motivos de oposición a la ejecución que no pudieron ser alegados antes a través de ningún otro cauce. Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...*, pág. 449.

(32) Estas acciones son de oposición a la ejecutoria; pero obviamente también a todas las actuaciones que traigan causa de ella.

(33) Vid., entre otras, las SSTs de 4 de diciembre de 1980 (RAJ 4734) o de 22 de diciembre de 1967 (RAJ 5180).

(34) Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit., págs. 84-85. Originariamente, la idea la expone FERNÁNDEZ LÓPEZ en *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982, págs. 258 y ss.

(35) Aunque, como medida cautelar, resulta inusual que un Juez civil requiera a otro para que paralice un proceso, entendemos que el art. 727.11.^a de la LEC permite esta posibilidad. Además, a pesar de que no medie previo requerimiento, esa "suspensión cautelar" del proceso de ejecución se contempla también en el art. 566.1 —y, al fin y al cabo, tan "acción rescisoria" son el juicio de audiencia al rebelde o el de revisión como el "ordinario" de oposición al título ejecutivo—.

(36) En ello convienen las dos "Respuesta escrita a la cuestión n.º 75", que se formulan en las aún inéditas *Actas del Encuentro de Catedráticos y Profesores titulares de Derecho procesal de las Universidades españolas, celebrado en Murcia los días 13 a 15 de diciembre de 2001*. De la primera son autores DE LA

c) Que el crédito reconocido en la sentencia que se está ejecutando debe compensarse con otro que posee a su favor el ejecutado frente al ejecutante, pero que no consta en título ejecutivo.

III. ¿QUÉ DEBE HACER EL JUEZ CUANDO ESTIME LA OPOSICIÓN A QUE SE REFIERE EL ART. 559 DE LA LEC?

1. Cuando el Ejecutor aprecie la existencia de alguno de los defectos procesales a que se refiere el art. 559 de la LEC —y que no haya sido subsanado—, "dictará auto dejando sin efecto la ejecución despachada" (art. 559.2.II).

En cambio, cuando aprecie la existencia de alguno de los defectos de fondo a que se refieren los arts. 556 a 558 de la LEC, dejará la ejecución "sin efecto y mandará alzar los embargos y las medidas de afección que se hubieren adoptado" (art. 561.1.2.^a).

Como se ve, las expresiones empleadas por la Ley en uno y otro caso no son idénticas y, de hecho, con frecuencia están siendo entendidas como queriendo decir cosas diferentes. Así, algunos Juzgados (37), cuando estiman la oposición fundada en los motivos procesales a que se refiere el art. 559 de la LEC, dejan sin efecto el despacho de la ejecución, pero mantienen los embargos —y las medidas de garantía de la traba— y conceden al acreedor el plazo que consideran prudencial para que presente una demanda ejecutiva formalmente correcta (38).

OLIVA SANTOS, Andrés, y GASCÓN INCHAUSTI, Fernando; de la segunda, CASTILLEJO MANZANARES, Raquel.

(37) A modo de probable precedente de esta solución pueden encontrarse sentencias como la dictada el 10 de febrero de 1993 por la Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid (*Revista General de Derecho*, 1993, pág. 6.273).

(38) La idea que subyace a este modo de obrar es que, si se estiman los motivos de oposición de los arts. 556 a 558 de la LEC, es porque el ejecutante carece de acción ejecutiva y no tiene ya derecho a cobrar la deuda consignada en el título; en cambio, si se estiman los motivos procesales de oposición, es porque se entiende que, aunque el acreedor puede tener acción ejecutiva, no

Pues bien, este modo de proceder nos parece equivocado, al menos, por las siguientes cuatro razones:

a) Los embargos y las medidas de garantía de la traba son accesorios del despacho de la ejecución (39). Si no hay despacho de la ejecución —o si el despacho se revoca—, falta el presupuesto básico para su adopción (40).

b) Es errónea la presunción de que los vicios procesales pueden ser siempre subsanados con la presentación de una nueva demanda ejecutiva: v. g. la falta de carácter —que es "vicio procesal" según los párrafos 1.^o y 2.^o del art. 559 de la LEC— resulta difícilmente remediable.

c) Incluso en los casos en que el vicio procesal pueda subsanarse, es injusto (41) que se beneficie con el mantenimiento de los embargos y con la obtención de prioridad a quien ya tuvo la oportunidad de subsanarlo en el seno del proceso de ejecución y no la aprovechó (42). Es más: en los casos en que el vicio pueda ser

la ha ejercitado en la forma debida. En teoría esta idea debería ser correcta... si no fuera porque, como enseguida se verá, en el art. 559 se hace alusión a vicios que ni son subsanables ni son verdaderamente procesales (la falta de "carácter").

(39) Para España, vid., por todos, CARRERAS LLANSANA, op. cit., págs. 95 y ss. Para Alemania, vid. BROX y WALKER, op. cit., págs. 139 y ss.

(40) Salvo que el embargo sea preventivo. Pero ése no es el caso. Para adoptar un embargo preventivo debe seguirse el procedimiento establecido en los arts. 721 y ss. LEC; no el previsto en los arts. 517 ss.

(41) El perjuicio a los terceros que puedan ser también acreedores del deudor ejecutado es evidente. El cobro de su crédito se puede frustrar si se permite al ejecutante negligente obtener el mantenimiento de unos embargos y de unas prioridades que ha obtenido injustamente en presencia de un vicio procesal.

(42) Porque el Juez, antes de revocar el despacho de la ejecución al amparo del art. 559.2.II de la LEC, debe haber dado al acreedor la posibilidad de subsanar el vicio procesal —en el caso de que fuera subsanable—.

subsanado pero no lo haya sido, deberá considerarse nulo todo lo actuado y no podrá permitirse el mantenimiento de ningún embargo o medida de garantía de la traba (43).

d) El art. 559.2.II de la LEC no se limita a decir que la estimación de la oposición por motivos procesales dará lugar al archivo de la ejecución, sino que también señala que acarreará la imposición de las costas al ejecutante. Significa esto que, para la LEC, el ejecutante "derrotado" en el incidente a que se refiere el art. 559 ha visto desestimadas todas sus pretensiones (44). Y es una contradicción en los términos que quien ha sido "absolutamente vencido" en el proceso de ejecución tenga derecho a exigir el mantenimiento de los embargos adoptados.

2. Creemos, por tanto, que la estimación de la oposición –ya sea la fundada en los arts. 556 a 558 o la fundada en el art. 559– produce siempre las mismas consecuencias: el sobreseimiento del proceso de ejecución y la privación de efectos a todo lo actuado en él.

Naturalmente eso no impedirá que, en ciertos casos, el acreedor pueda volver a obtener el despacho (v. g. si el primer proceso fue sobreseído como consecuencia de la existencia de un vicio procesal ahora subsanado; o si fue sobreseído como consecuencia de la existencia de un pacto de espera u otra transacción que ya ha dejado de producir efectos).

(43) Así parece desprenderse de lo que afirma DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, en *Derecho procesal. Introducción* –con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, y VEGAS TORRES, Jaime–, Cera, Madrid, 2001, págs. 344 y ss.

(44) La ecuación "condenado en costas igual a litigante que ha visto desestimadas todas sus peticiones" se deduce de los arts. 394 a 398 de la LEC y la doctrina la considera como vigente con carácter general en nuestro Derecho (VEGAS TORRES, Jaime, *Derecho procesal. Introducción*, op. cit., págs. 385 y ss.). Del mismo parecer es la jurisprudencia (SSTS de 4 de diciembre de 2000 [RAJ 9012] y de 28 de febrero de 1997 [RAJ 8479], entre otras muchas).

IV. ¿CUÁL ES EL MOMENTO PROCESAL ADECUADO PARA ALEGAR COMO MOTIVO DE OPOSICIÓN LA FALTA DE CARÁCTER DE ALGUNA DE LAS PARTES?

1. En un primer impulso por responder a esta cuestión, podría quizá acudir al art. 559.1 y contestar afirmando: "después del despacho de la ejecución" (45). El problema es que existen supuestos en los que el Juez se ha pronunciado irreversiblemente sobre el "carácter" de las partes antes de acordar el despacho y tras haber dado audiencia a todos los interesados. Son, entre otros, los previstos en el art. 519 –que fuerza al Ejecutor a decidir *a limine* si los "solicitantes" de la ejecución tienen la condición de "beneficiarios" de la condena– y en el art. 540 –que fuerza al Juez a sustanciar, en determinadas ocasiones y con carácter previo a cualquier otra actuación, un incidente para verificar si se ha producido una sucesión en la posición de acreedor y/o de deudor–.

(45) El art. 559.1 establece que la falta de carácter es "motivo procesal" de oposición a la ejecución. Pero lo cierto es que por carácter debe entenderse la "calidad" o "condición" con que las partes comparecen y actúan en juicio (v. g. como herederos del acreedor o del deudor originario; como socios del deudor, etc.); y ésa parece ser más una cuestión de fondo –relativa a la existencia o ausencia de acción ejecutiva–, que una verdadera cuestión procesal (así, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel, RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, "El juicio ejecutivo", *La Ley*, Madrid, 1997, págs. 623 y ss.).

Quizá podría decirse que el carácter es una cuestión de fondo que la Ley trata como si fuese de forma. Ahora bien, que el carácter se trate como cuestión procesal, puede tener sentido en un proceso declarativo: su ausencia –o, al menos, su falta de acreditación– es a menudo sencilla de verificar y seguramente sea excesivo sustanciar toda la instancia para terminar desestimando la acción porque el actor no ha probado la condición con que demanda o la de aquel frente al que demanda. En cambio, en un proceso de ejecución –en el que la oposición por motivos de fondo se resuelve inmediatamente después de la oposición por motivos "de forma"– dar al carácter el tratamiento de cuestión de "forma" no abrevia especialmente las actuaciones y produce una cierta confusión de categorías.

En estos casos, antes de que se alcance el trámite de oposición previsto en el art. 559, existe ya una resolución que afirma el "carácter" de las partes; una resolución que es invariable (arts. 267 LOPJ y 214 LEC) y que fija con qué calidad actúan el ejecutante y el ejecutado (46).

2. ¿Cuándo podrá entonces acudir al art. 559.1 de la LEC para denunciar la falta de carácter de alguna de las partes?

A la vista de lo precedente, la respuesta es sencilla: cuando no se haya suscitado la cuestión antes del despacho (47) o cuando se haya suscitado y haya sido resuelta sin dar audiencia al ejecutado (48).

V. ¿ES POSIBLE Oponerse a LA EJECUCIÓN PROVISIONAL POR ALGÚN MOTIVO DISTINTO DE LOS PREVISTOS EN EL ART. 528.2 DE LA LEC?

1. Una lectura literal del art. 528.2 sugiere que está vetado cualquier intento de oponerse a la ejecución provisional por motivos

(46) Es posible que la resolución se encuentre apelada. Pero eso no obsta a la conclusión anterior. Si el ejecutado cree que el Juzgado ha resuelto erróneamente sobre el carácter de las partes, deberá ponerlo de relieve en el correspondiente recurso de apelación; no mediante el cauce del art. 559 de la LEC. Por el contrario, si la resolución es firme, no se trata ya de que no se la pueda atacar mediante el cauce del art. 559; sino de que produce fuerza de cosa juzgada y no puede ser atacada mediante ningún otro cauce ordinario.

(47) Los arts. 543 y 544 LEC dan la sensación de que, en ciertos casos, se puede despachar directamente ejecución —por las deudas de una unión o agrupación de empresas, o de una entidad sin personalidad jurídica— frente a los integrantes de la unión, agrupación o entidad. Naturalmente, el ejecutado podrá poner de relieve en esos casos, mediante el incidente previsto en el art. 559, que no es miembro de la unión, agrupación o entidad en cuestión y que, por tanto, carece de "carácter".

(48) Cuando, a la vista de la documentación que le presente el ejecutante, al Juez no se le ofrezcan dudas y entienda que se ha producido la sucesión alegada, despachará la ejecución en los términos que se le han solicitado (art. 540.2). Eso naturalmente no impide que el ejecutado —que no ha sido oído todavía— pueda suscitarse el incidente de oposición previsto en el art. 559 para manifestar que él mismo o el acreedor carecen de la condición de sucesores.

distintos de los que en él se establecen —y que no coinciden con los enumerados en los arts. 556, 559, 562, 563 y 564—.

Que el art. 528.2 impida alegar el pago (art. 556.1.I) como motivo de oposición a la ejecución provisional puede tener sentido —al fin y al cabo, si se ha producido el pago, el recurso interpuesto queda sin objeto—. En cambio, es más llamativo que no permita alegar la transacción encaminada a evitar la ejecución (art. 556.1.II), que no permita alegar la falta de carácter del ejecutado (art. 559.1), o que no permita alegar la infracción del título ejecutivo.

Pero, ¿es verdaderamente así? ¿Tiene el art. 528.2 de la LEC un carácter tan restrictivo como el que se desprende de sus términos? La cuestión es francamente controvertida (49) y, en nuestra opinión, sólo puede ser resuelta de un modo: recordando cuál es la verdadera naturaleza de la ejecución provisional.

2 La ejecución provisional es una ejecución forzosa (art. 524, párrafos 2 y 3) que presenta ciertas especialidades derivadas de la falta de firmeza de la sentencia que sirve de título (50). Y

(49) Para ARMENTA DEU, Teresa, una lectura literal y rigurosa del art. 528 es, de hecho, la única correcta. Así lo dice en su monografía "La ejecución provisional", *La Ley*, Madrid, 2000, pág. 107; y en su "Respuesta escrita a la cuestión n.º 67", en las aún inéditas *Actas del Encuentro de Catedráticos y Profesores titulares de Derecho procesal de las Universidades españolas*, celebrado en Murcia los días 13 a 15 de diciembre de 2001. En esas mismas *Actas*, y desde posiciones más matizadas, pueden encontrarse las opiniones de SERRANO HOYOS, Gregorio; ASENSIO MELLADO, José María; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, y BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia.

(50) Así lo reconoce FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, en *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...*, cit., pág. 153: "La ejecución provisional es, en su forma y contenido, idéntica a la ordinaria. Conviene evitar la tentación (a la que podrían dar algún pie los arts. 524.1 y 527.3) de pensar que existe un "proceso de ejecución provisional" distinto del proceso ordinario de ejecución. Cuando concurren los requisitos que la fundan, la ejecución provisional se despacha como la ordinaria (524.2); se lleva a efecto como la ordinaria (524.2); y en ella tienen las partes las mismas facultades y derechos procesales que poseen en la ordinaria (524.3). Lo único que tiene de especial la ejecución provisional son los

esto tiene su repercusión en el modo de sustanciarla y oponerse a ella.

Así: en tanto que ejecución forzosa, la ejecución provisional se rige por las normas de los arts. 538 y ss. y queda sujeta a los motivos y cauces de oposición que se prevén en los arts. 556, 559, 562, 563 y 564; y al mismo tiempo, en tanto que ejecución forzosa con especialidades, se rige por lo dispuesto en los arts. 524 a 537 y queda sujeta a otros motivos adicionales de oposición: los previstos en el art. 528.2 (51) –que son de interpretación restringida, según se desprende del adverbio "únicamente" que el precepto emplea–.

requisitos de que depende su otorgamiento y la posibilidad de que, como condicional, sea revocada si el tribunal superior revoca la sentencia que provisionalmente se ejecutó".

(51) Ídem, pág. 156.

EJECUCIÓN DINERARIA O VÍA DE APREMIO

Lourdes Ruiz de Gordejuela López
Magistrada

EJECUCIÓN DINERARIA O VÍA DE APREMIO

SUMARIO: I. LA EJECUCIÓN DINERARIA. 1. Concepto. 2. Fases de la ejecución dineraria. A) Demanda ejecutiva. B) Auto despachando la ejecución. C) El requerimiento de pago. D) El embargo de bienes. II. PROCEDIMIENTO DE APREMIO. 1. Supuestos de entrega directa del bien embargado. 2. Formas de realización de los bienes embargados. A) Enajenación por fedatario público. B) Enajenación forzosa. C) Administración para el pago (arts. 676 y ss.). 3 Valoración de los bienes embargados. III. SUBASTA JUDICIAL. 1. Consideraciones generales. 2. Subasta de bienes inmuebles. A) La titularidad del dominio y cargas. B) Presentación de Títulos. C) Celebración de la subasta. a) Fijación del tipo, subsistencia y extinción de cargas. b) Convocatoria, anuncio y publicidad. c) Subasta Simultánea. d) Depósito previo. e) Acto del remate. f) Subasta sin postor. g) Aprobación del remate. h) Inscripción y posesión. i) Quiebra de la subasta. j) Pago y destino del remanente. IV. LA ADMINISTRACION FORZOSA PARA PAGO.

I. LA EJECUCIÓN DINERARIA

1. Concepto

La ejecución dineraria es la actividad jurisdiccional de ejecución forzosa que persigue obtener una cantidad de dinero a costa del patrimonio del deudor para satisfacer el crédito del acreedor. Es la forma de ejecución más habitual, pues lo mismo se refiere a la ejecución de títulos ejecutivos por cantidad líquida (art. 571) o que precisen de liquidación (art. 712 y ss.), como a los supuestos en que es necesario acudir a la ejecución por equivalencia cuando no es posible el cumplimiento de la obligación "in natura" (obligaciones de hacer y no hacer art. 705 y ss.) o la entrega de alguna cosa (art. 701 y ss).

A la ejecución dineraria dedica la Ley el Título IV y la define en el art. 571 al disponer que es aquella que tiene lugar "cuando la ejecución forzosa proceda en virtud de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida".

2. Fases de la ejecución dineraria

A) Demanda ejecutiva

El proceso de ejecución comienza con la demanda ejecutiva que debe reunir los requisitos del art. 549, salvo cuando el título ejecutivo sea una sentencia o resolución dictada por el tribunal competente para conocer de la ejecución, en cuyo caso la demanda ejecutiva podrá limitarse a la solicitud de que se despache la ejecución, identificando la sentencia o resolución cuya ejecución se pretenda.

En la demanda debe precisarse la cantidad que se reclama en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada por la que se prevea para hacer frente a los

intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y a las costas de ésta (art. 575).

La cantidad que se reclama ha de ser líquida. Ya hemos dicho que la ejecución dineraria tiene lugar cuando procede la ejecución forzosa en virtud de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte la obligación de entregar una cantidad de dinero líquida (art. 571), de manera que si el título condena al pago de una cantidad de dinero que no cuantifica, deberá procederse previamente a su liquidación siguiendo el procedimiento establecido en los arts. 712 y siguientes.

A los efectos de la ejecución dineraria se considera líquida toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles, prevaleciendo la expresión en letras en caso de disconformidad (art. 572.1).

También es cantidad líquida la que corresponde a los intereses ya vencidos al presentar la demanda ejecutiva, puesto que fijado en el título el tanto por ciento, el tiempo y el principal, su determinación es el resultado de una simple operación aritmética, ya se trate de los intereses remuneratorios como de los moratorios. Lo mismo cabe decir de los intereses de la mora procesal, a los que alude el art. 576 disponiendo que "desde que fuere dictada, toda sentencia o resolución que condena al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la Ley. Para los casos de revocación parcial, el Tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto". Se trata de unos intereses, determinables con una simple operación aritmética, que la norma anuda a la condena de una cantidad líquida y que no necesitan ser objeto de un pedimento de la demanda, pues nacen "ope legis" (STC 10 de diciembre de 1985 y SSTS 10 de mayo de 1993, 25 de enero de 1995 y 20 de noviembre de 1998), siendo necesario razonar la retroacción de su pago a la fecha de la sentencia de la primera instancia cuando ésta es revocada parcialmente (STS 30 de junio de 2001).

Igualmente es cantidad líquida, el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos de préstamo, crédito o descuento, formalizados en escritura pública o póliza intervenidas por Corredor de Comercio colegiado (hoy Notario), siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible, en caso de ejecución, será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo (art. 572.2), siendo preciso además: a) que la demanda ejecutiva vaya precedida de la notificación al ejecutado y al fiador de la cantidad exigible que resulte de la liquidación unilateral (art. 572.2.II) y b) que dicha demanda vaya acompañada del título y de los documentos mencionados en el art. 550, así como de los específicamente enumerados en el art. 573.1 (el documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, y el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de ejecución; el documento fehaciente que acredite que la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y el documento que acredite la notificación al deudor y al fiador, si lo hubiere, de la cantidad exigible). Si el ejecutante lo considera conveniente, podrá acompañar los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono. Esta es una facultad que se le concede para dar una mayor transparencia a su reclamación, que puede serle beneficiosa en la medida en que podría evitar oposiciones inútiles. El acreedor tiene también la posibilidad de iniciar una ejecución parcial en el caso de que existiera alguna duda sobre el contenido de alguna partida concreta (art. 573.3). La liquidación unilateral del saldo por el ejecutante, ya estaba prevista en el art. 1435 de la Ley derogada siempre que el título contuviera el pacto de liquidez y la liquidación se realizara en la forma acordada, integrando el título ejecutivo la certificación de la liquidación del saldo debidamente intervenida por Corredor de Comercio, sin perjuicio de que en la fase contradictoria pudiera ser discutida la liquidación así practicada. La nueva Ley es más minuciosa en la exigencia de la

aportación de los documentos contables de los que resulte el saldo deudor.

A los efectos de despachar la ejecución, no es necesario que sea líquida la cantidad que el ejecutante solicite por los intereses que se pudieran devengar en la ejecución y por las costas que ésta origine (art. 572.1), pues respecto de los primeros, ya hemos visto que el art. 576 reproduce el apartado cuarto del derogado art. 921, dependiendo la liquidez de una simple operación aritmética; y en lo que atañe a las costas, variarán en función de las actuaciones ejecutivas a practicar.

B) Auto despachando la ejecución

Partiendo del título del que resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida, la ejecución dineraria, propiamente dicha, arranca con el auto despachando ejecución que deberá dictar el tribunal siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título (art. 551).

La cantidad máxima por la que se puede solicitar el despacho de ejecución viene establecida en el art. 575.1.1º al disponer, como regla general, que la ejecución se despachará por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada por la que se prevea para hacer frente a los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y a las costas de ésta, cantidad, ésta última, que se fijará provisionalmente y que no podrá superar el treinta por ciento de la que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de su liquidación al final del proceso. Como excepción, el art. 575.1, párrafo segundo, permite al ejecutante rebasar esa cantidad justificándolo en atención a la duración previsible de la ejecución y el tipo de interés aplicable.

Tratándose de deuda en moneda extranjera, la nueva Ley resuelve los problemas de interpretación que planteaba la Ley derogada

disponiendo en el art. 577 que si el título fija la cantidad de dinero en moneda extranjera, se despachará la ejecución para obtenerla y entregarla y sólo los intereses moratorios y las costas se abonarán en moneda nacional.

Sólo a los efectos de calcular los bienes que deben ser embargados, el Tribunal tendrá que conocer la equivalencia en moneda nacional, lo que se hará en atención al cambio oficial del día del despacho de la ejecución.

Cuando la moneda extranjera no sea convertible (no esté admitida al cambio oficial), la ejecución no podrá acabar entregando al acreedor esa moneda. Por ello es necesario: a) para la actividad ejecutiva su cómputo en moneda nacional que se hará aplicando el cambio que el tribunal considere adecuado a la vista de las alegaciones y documentos que presente el ejecutante con la demanda y b) para al pago al ejecutante en moneda nacional se tendrá que proceder a la liquidación, lo que se hará conforme a los arts. 714 a 716 y, normalmente, con referencia a una moneda convertible.

Por último, el art. 578 prevé la ampliación de la ejecución. Esta materia estaba regulada en los arts. 1456 y 1457 de la Ley derogada, que exigían que a medida que se producía un vencimiento existiera una petición del acreedor, lo que suponía una ampliación de la ejecución por esa cantidad sin necesidad de retrotraer el procedimiento. La nueva Ley mantiene esa posibilidad con ampliación automática al permitir al acreedor no solo reclamar los plazos vencidos en el momento en que formula su demanda, sino que en previsión de los que han de vencer durante el curso de la ejecución los incluya, siempre y cuando lo ampare su título ejecutivo, que deberá hacer extensivo a todos ellos, acompañando toda la documentación y cálculos que acojan esas cantidades aunque no se hayan devengado en ese momento.

C) El requerimiento de pago

La finalidad del requerimiento es dar al deudor la posibilidad de pagar, de manera que el auto despachando ejecución debe determinar su contenido (553.1.5.º), cuando sea necesario practi-

carlo al ejecutado. Tal requerimiento no procede cuando el título sea una resolución judicial, arbitral o que apruebe la transacción o convenio alcanzado dentro del proceso (art. 580). Sin embargo, el requerimiento es necesario cuando se trata de un título distinto de los anteriores, en cuyo caso, despachada la ejecución y antes del embargo, se requerirá de pago al ejecutado por la cantidad reclamada de principal e intereses devengados hasta la fecha de la demanda. Aun en este supuesto, no será necesario el requerimiento si con la demanda se presenta acta notarial que acredite haber requerido de pago al ejecutado al menos con diez días de antelación (art. 581).

El requerimiento se llevará a cabo en el domicilio del ejecutado que figure en el título, aunque el ejecutante puede pedir que se haga, además, en cualquier lugar en que el ejecutado, aún de forma accidental, fuese hallado. Si el ejecutado no se encontrase en el domicilio del título, el embargo podrá practicarse, si el ejecutante lo solicita, sin perjuicio de intentar, previamente, nuevo requerimiento con arreglo a lo dispuesto en el Ley para los actos de comunicación mediante entrega de resolución o cédula (art. 161) y, en su caso, para la comunicación edictal (art. 164). Esta última posibilidad queda a voluntad del acreedor, pues la exigencia legal se satisface con intentarse en el domicilio que consta en el título, el deudor no es ajeno a la deuda y debe facilitar el domicilio, con lo que de alguna manera se le hace responsable de las dificultades de localización, haciéndole soportar las consecuencias. A propósito del lugar en donde debe practicarse el requerimiento y aun cuando la Ley mencione expresamente el domicilio del ejecutado que figure en el título, cuando en éste resulte desconocido y con el fin de evitar cualquier situación de indefensión, habrá de tenerse en cuenta la doctrina del TC sobre los actos de comunicación procesal en relación con las concretas circunstancias concurrentes en el caso, pues puede suceder que las entidades crediticias, conociendo el nuevo domicilio del ejecutado, atiendan exclusivamente al designado en el título.

Si al ser requerido el ejecutado paga, se le entregará justificante del pago, se pondrá la suma correspondiente a disposición del

ejecutante y se dará por terminada la ejecución, siendo de cargo del ejecutado todas las costas causadas por las que se seguirá la ejecución, salvo que justifique que por causa que no le es imputable, no pudo efectuar el pago antes de que el acreedor promoviera la ejecución (art. 583). El derogado art. 1445 no admitía ninguna excepción en orden al tema de las costas, de manera que el ejecutado que pagaba al ser requerido debía soportar las costas sin posibilidad de justificación alguna.

Si el ejecutado no paga, se procede al embargo (art. 581.1) de bienes bastantes para responder de la cantidad por la que se haya despachado ejecución y las costas.

D) El embargo de bienes

Al embargo se refiere el Capítulo III, arts. 584 a 633 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. El embargo, es objeto de otra ponencia por lo que me limitaré a señalar su finalidad que no es otra que la de individualizar bienes suficientes del deudor, declarándolos sujetos a la ejecución forzosa para pagar al ejecutante la prestación debida. La afeción o embargo propiamente dicho, se produce desde que la declaración de voluntad del juez afecta el bien a la ejecución o se reseña la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo. Existe aunque no se hayan adoptado las medidas de garantía o publicidad de la traba (art. 587.1).

Esta declaración de voluntad judicial exige que el tribunal controle de oficio los siguientes requisitos: que el bien es embargable (art. 609); que se respete el orden preestablecido en el art. 592; que no exceda en la suficiencia (art. 584); y que el bien pertenezca al ejecutado.

Para decidir si concurre o no este último requisito, no puede ser suficiente que el acreedor designe un bien como perteneciente al deudor pero tampoco puede exigirse la tramitación de un incidente declarativo para establecer la titularidad de cada uno de los bienes, de manera que para decretar la afeción bastará con la existencia de indicios y signos externos de los que razonablemente

pueda deducirse la pertenencia del bien al ejecutado, o lo que es igual, que se encuentre en el ámbito patrimonial del ejecutado que lo posea.

El art. 593.2 y 3 de la Ley pretende evitar el embargo cuando un bien, no obstante ser poseído por el ejecutado, pueda establecerse fácilmente que no es de su propiedad. Se parte de que el tribunal, por percepción directa o manifestaciones del ejecutado o de otra persona, tenga motivos racionales para considerar que el bien no es propiedad del ejecutado. En estos casos, ordenará que se haga saber al tercero la inminencia de la traba para que en cinco días alegue lo que estime conveniente. El tercero puede adoptar alguna de las siguientes posturas: a) No comparecer ni dar razón alguna, en cuyo supuesto se decretará el embargo, salvo que las partes en ese mismo plazo, hayan manifestado su conformidad con que no se realice el embargo. b) Oponerse razonadamente al embargo, aportando, en su caso, los documentos que justifiquen su derecho. En tal caso el tribunal, oídas las partes, resolverá lo que proceda. Si el tribunal decreta el embargo, al tercero sólo le queda acudir a la tercería de dominio.

Para decidir lo que proceda el tribunal debe tener en cuenta:

1. Si se trata de un bien susceptible de inscripción registral, ordenará el embargo, salvo que el tercero acredite ser titular registral por la correspondiente certificación (es la denominada tercería registral art. 38.III LH), quedando siempre a salvo el derecho de los titulares dominicales no inscrito que podrán ejercitar contra quien y como corresponda.

2. Si se trata de la vivienda familiar del tercero y éste presenta documento privado que justifique su adquisición, se dará traslado a las demás partes y el embargo no se realizará si las mismas manifiestan su conformidad con ello.

La afectación del bien es de capital importancia, pues el embargo decretado es eficaz aunque aquél no pertenezca al ejecutado, de manera que si el verdadero titular no hace valer su derecho

por medio de la tercería de dominio ya no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevocable, conforme a la legislación sustantiva. Al titular del bien, en tal caso, sólo le quedarán las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto (no contra el tercero) o de nulidad de la enajenación (contra el rematante) cuando hubiere actuado de mala fe (art. 594).

II. PROCEDIMIENTO DE APREMIO

Es la última fase de la ejecución forzosa cuya finalidad, partiendo de los bienes embargados, es obtener el dinero para hacer pago de la cantidad debida al ejecutante. Ahora bien, atendiendo a la naturaleza de dichos bienes, no siempre será necesarias su realización y conversión en dinero, y cuando si lo fuere habrá que distinguir entre los diferentes modos de realización.

1. Supuestos de entrega directa del bien embargado

No es necesaria la realización en los supuestos previstos en el art. 634, en cuyo caso se entregará directamente al ejecutante, por su valor nominal, los bienes embargados, siempre que se trate de:

a) Dinero efectivo. Esto no plantea ninguna dificultad, si bien es verdad que no es nada frecuente que se embargue dinero en metálico. Si el dinero proviene del embargo de sueldos, salarios o pensiones periódicas, las cantidades deben estar ingresadas en la Cuenta de Consignaciones (art. 621) y tales serán las cantidades que han de entregarse, sin perjuicio de las posteriores entregas a medida que se vayan ingresando, en el caso de que la cantidad retenida no cubra el total de la ejecución.

b) Saldos de cuentas corrientes y de otras de inmediata disposición (art. 634.2). Esto plantea mayores dificultades, pues

al emplear la Ley la voz "inmediata" se plantea la duda de si pueden ser incluidos créditos cuyo cobro está asegurado pero que no están disponibles en el momento de la entrega. Piénsese, por ejemplo, en las imposiciones a plazo fijo, en los certificados de depósitos o cualesquiera otros títulos de ahorro o crédito que el ejecutado pudiera tener contra el Estado o entidades públicas.

En estos casos habría que esperar al vencimiento o transmitir al creedor la titularidad formal de los derechos del ejecutado respecto de tales títulos para que pudiera gestionar, en su día, y ante las entidades financieras, la entrega del dinero. Sin embargo, no se estaría cumpliendo con la inmediatez que la Ley exige y por ello el art. 634.2 se refiere a "los saldos favorables en cuenta, con vencimiento diferido" disponiendo que "el tribunal adoptará las medidas oportunas para lograr su cobro, pudiendo designar un administrador cuando fuere conveniente o necesario para su realización". No parece que la Ley esté pensando en la entrega directa sino en la obligación de esperar al vencimiento con las oportunas garantías que pueden ser las derivadas del embargo (art. 621) o el nombramiento de un administrador.

c) Divisas convertibles que podrán ser entregadas en forma directa si el acreedor lo solicita, en caso contrario deberá acudir-se al procedimiento del art. 577.2.º (valor de cambio oficial al día de la traba del embargo). De todas formas, si la deuda constatada en el título lo es en moneda extranjera ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 577.1.

d) Cualquier otro bien cuyo valor nominal coincida con el de mercado, o aunque sea inferior el acreedor acepte la entrega del bien por su valor nominal.

2. Formas de realización de los bienes embargados

Cuando los bienes embargados sean distintos de los anteriores, su realización puede hacerse mediante:

A) Enajenación por fedatario público

A ella alude el art. 635 que distingue entre las "acciones, obligaciones u otros valores admitidos a negociación en mercado secundario" y las "acciones y participaciones societarias que no coticen en bolsa". Los Mercados secundarios son, según la Ley 24/1988, reformada por la Ley 37/1998, las Bolsas de valores, el Mercado de Deuda pública representada mediante anotaciones en cuenta gestionado por la Central de anotaciones, los mercados de Futuro y Operaciones y otros, de ámbito estatal o autonómico que cumpliendo los requisitos legales se autoricen por el gobierno o por la Comunidades Autónomas con competencia. Pues bien, la transmisión de las acciones, obligaciones u otros valores admitidos a negociación en estos mercados, se efectuará con arreglo a las leyes que los rigen. Lo mismo se hará cuando el bien cotice en un mercado reglado o pueda acceder a un mercado con precio oficial. Tratándose de acciones y participaciones societarias que no coticen en bolsa, se venderán por medio de Notario, atendiendo a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenación de acciones o participaciones y, en especial, a los derechos de adquisición preferente.

B) Enajenación forzosa

Es el acto procesal por el que el tribunal transmite a un tercero un bien, previamente embargado al deudor, en virtud de su potestad jurisdiccional, como medio para obtener el dinero para satisfacer la pretensión del ejecutante. Cabe distinguir:

- a) Convenio que pueda lograrse entre las partes y los interesados para determinar la forma de realización que debe ser aprobado por el juez.
- b) Venta por persona o entidad especializada.
- c) Subasta judicial.

C) Administración para el pago (arts. 676 y ss.)

3. Valoración de los bienes embargados

Para todas las posibilidades de ejecución forzosa existe como elemento común, la necesidad de "dejar establecido el valor de los bienes embargados", lo que puede hacerse:

1. Mediante acuerdo entre ejecutante y ejecutado que puede ser anterior a la ejecución o lograrse en ella (art. 637).

2. Pericialmente por perito tasador-designado por el tribunal (art. 638). El perito debe nombrarlo el Tribunal entre: a) los que presten servicio en la Administración de Justicia, b) en su defecto, se encomendará a organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas que dispongan de personal cualificado y hayan asumido el compromiso de colaborar, a estos efectos, con la Administración de Justicia, y c) también en su defecto, se nombrará perito tasador de entre las personas físicas o jurídicas que figuren en una relación, que se formará con las listas que suministren las entidades públicas competentes para conferir habilitaciones para la valoración de bienes, así como los Colegios profesionales cuyos miembros estén legalmente capacitados para dicha valoración. La nueva Ley simplifica el trámite que la derogada contenía en los arts. 1483 a 1486 en orden a la designación del perito que había de realizar el avalúo de los bienes embargados, y lo deseable sería que el perito que ahora debe designar el tribunal fuera de los que presten servicio en la Administración de Justicia.

Una vez designado, el perito aceptará el cargo, si no concurre causa de abstención que se lo impida, debiendo estarse a los arts. 105 y 99 en relación con los arts. 219 y 220 de LOPJ. En el plazo de 8 días entregará el informe.

La valoración del bien deberá hacerse de acuerdo con el valor del mercado. Del informe se dará traslado a las partes y a los acree-

dores a que se refiere el art. 658 que en el plazo de cinco días pueden presentar las alegaciones que estimen oportunas y un informe suscrito por perito tasador en que se exprese su valoración. El Tribunal determinará la valoración definitiva por providencia contra la que no cabe recurso. El traslado debe hacerse a las partes personadas no al deudor no personado respecto del que no se hace prevención alguna, al igual que la Ley solo alude al ejecutado que hubiere comparecido, al contemplar la posible recusación del perito (638.2).

Las realizaciones alternativas a la subasta, convenio y venta por persona o entidad especializada son objeto de otra ponencia, de manera que aquí se va a tratar de la subasta judicial que ha pasado de ser el instrumento principal de la ejecución forzosa para convertirse en subsidiario en defecto de los dos sistemas de venta privada.

III. SUBASTA JUDICIAL

1. Consideraciones generales

Es el sistema de enajenación forzosa que la LEC considera ordinario y lo hace distinguiendo entre la relativa a los bienes muebles y derechos (arts. 643 a 654) y la que atañe a los bienes inmuebles (arts. 655 a 675), si bien las normas de la primera se aplican supletoriamente a la segunda.

Prescindiendo de los bienes a que se refieren los arts. 634 y 635, las normas sobre las subastas de bienes inmuebles se aplican a estos bienes y a los muebles sujetos a régimen de publicidad registral similar al de aquellos (art. 655.1), la subasta de los muebles queda para los demás susceptibles de embargo.

Ha de tenerse en cuenta, que habiendo precedido la valoración de los bienes, el mero conocimiento del valor de mercado de los mismos puede impedir la subasta porque tratándose de bienes muebles, que puedan agruparse en lotes por el secretario con audiencia de las partes, es posible prever que el bien o el lote no obtendrá con su realización una cantidad de dinero que supere los

gastos de la subasta misma (art. 643). Tratándose de inmuebles, si el valor de las cargas y gravámenes iguala o excede del precio de mercado se alzarán el embargo (art. 666.2).

2. Subasta de bienes inmuebles

Cuando los bienes embargados son inmuebles, con carácter previo a cualquier actividad, debe establecerse su situación jurídica y para ello es preciso determinar:

A) La titularidad del dominio y cargas

El tribunal librarán mandamiento al Registro para que expida certificación en la que conste (art. 656): a) La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho. Si de la certificación se desprende que el titular del bien no es el ejecutado se levantará el embargo, salvo que la inscripción sea posterior al embargo o que éste se hubiera decretado teniendo en cuenta esta circunstancia (art. 658). b) Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien, y en especial, relación concreta de las cargas o que está libre de cargas. Las cargas pueden ser "preferentes" o "posteriores" al derecho del ejecutante. En el primer caso y a petición de éste, el tribunal se dirigirá a sus titulares para determinar la subsistencia y cuantía de los créditos. El contenido de esta información lo establece el art. 657 y se extenderá a expresar si el crédito se ha extinguido por cualquier causa o si por el contrario subsiste, en cuyo caso deberá informar el acreedor preferente sobre la cantidad que resta por abonar, la fecha de vencimiento, los plazos y las condiciones de pago; los intereses moratorios vencidos y los que se devenguen por cada día de retraso y previsión de costas. El tribunal a la vista de lo que los acreedores informen puede proceder a expedir los mandamientos que procedan a los efectos del art. 144 LH (art. 657.2).

Al segundo supuesto (cargas posteriores), se refieren los arts. 659 y 660, siendo necesario comunicar a sus titulares la existencia de la ejecución, lo que debe hacer el Registrador en el domicilio que conste en el Registro, para que aquellos puedan ejercitar los derechos que

le reconoce la Ley incluido el de pagar el crédito del ejecutante, subrogándose en sus derechos.

Tratándose de titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas no se les realizará comunicación alguna, pero, acreditando al tribunal la inscripción de su derecho, "se les dará intervención en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento que les afecten" (art. 659.2).

En definitiva, a los titulares de derechos posteriores al del ejecutante que figuren en la certificación de dominio y cargas y a los que los sean de derechos inscritos con posterioridad a dicha certificación, siempre que en éste último supuesto acrediten al tribunal la inscripción de su derecho, la Ley les permite formular las alegaciones que tengan por conveniente frente a la valoración realizada por el perito designado por el Juzgado (639.4.º); personarse en las actuaciones, lo que les dará derecho a que se les notifiquen las resoluciones que afecten a su derecho, entre ellas la fecha de celebración de la subasta. Estas prevenciones de la Ley son acordes con el interés de estos acreedores en el seguimiento del proceso en la medida en que puedan contribuir a obtener una mayor rentabilidad de los bienes, pues de ello está dependiendo la subsistencia de su derecho. Fuera de esta actividad, lo único que pueden hacer es pagar la cantidad por la que el bien responda por todos los conceptos con la consecuencia de subrogarse en la posición del acreedor en la cantidad que hayan satisfecho. Es una novedad de la Ley que el pago tenga constancia en el Registro de la Propiedad al margen de la inscripción o anotación del gravamen, lo que se logrará mediante acta notarial de pago o por mandamiento judicial, pudiendo el acreedor posterior que lo haya realizado, personarse como ejecutante continuando la vía de apremio sobre el bien.

B) Presentación de títulos

Al mismo tiempo se podrá requerir al ejecutado para que presente los títulos de propiedad de que disponga y el ejecutado puede: a) presentar los títulos, lo que se comunicará al ejecutante para que se manifieste sobre su suficiencia o si entiende necesaria

su complementación (art. 663), y b) no presentarlos, y entonces cabe apremiarlo u obtenerlos por medio de certificación del Registro o de copia auténtica de notario (art. 664). En definitiva, cabe: solucionar todos los problemas de titulación cuando el bien está inscrito; proceder a su inscripción si no fuera así y existiera título y suplir la falta de títulos acudiendo al Título VI de la LH, que se refiere a la concordancia entre el Registro y la realidad y al expediente de dominio y acta de notoriedad.

En todo caso, la falta de titulación o los defectos en la misma, no impiden que el ejecutante pida que saque el bien a subasta, aunque en los edictos convocándola debe expresarse esta circunstancia (art. 665). Los licitadores de la subasta, por el hecho de concurrir a ella, aceptan el estado de la titulación (669.2), y el "rematante" puede quedar obligado a verificar la inscripción (art. 140.5.ª RH).

En el caso de que existan arrendatarios y ocupantes de hecho, se les debe notificar la existencia de la ejecución para que presenten en el tribunal los títulos que justifiquen su situación (art. 661). En el anuncio de la subasta tiene que quedar constancia de la situación posesoria del inmueble por la influencia que puede tener en el precio. Por ello, el ejecutante puede pedir, antes de anunciarse la subasta, que el tribunal se pronuncie sobre el derecho del ocupante a permanecer en el inmueble (675.3) para lo que debe convocar al ejecutante y a las partes a una vista en la que podrán alegar y probar cuanto estimen oportuno. Si el ocupante es de mero hecho o sin título suficiente, el tribunal accederá a la petición por auto no recurrible. En otro caso, declarará que el ocupante u ocupantes tienen derecho a permanecer en el inmueble dejando a salvo los derechos del futuro adquirente para desalojarlo.

C) Celebración de la subasta

a) Fijación del tipo, subsistencia y extinción de cargas

Esta es una novedad de la Ley encaminada a dar transparencia al mercado de las subastas anticipando la liquidación de cargas del bien, de manera que el tipo de la subasta no va a coincidir con

el de su valor en el mercado, pues va a ser el que resulte de deducir de éste el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas.

Esta operación la realizará el Secretario partiendo de la tasación del art. 637 y siguientes, de la que, como hemos dicho, debe descontar las cargas preferentes según la certificación del art. 656, para lo que la Ley, consciente de la complejidad que ello puede conllevar, le autoriza a auxiliarse de un perito. Para realizar estos cálculos se valdrá de la información que le proporcionen los acreedores por la vía del art. 657 y, en su defecto, del importe que resulte de la certificación de cargas, posibilidad que se adoptará como último recurso. En cuanto a los intereses moratorios se prevé su cálculo hasta el cuadragésimo día posterior al previsto para la subasta. Si el valor de las cargas o gravámenes superan o igualan el valor del bien, no se sacará a subasta, lo que es lógico pues la dilación y los gastos que suponen carecerían de sentido cuando no se va a obtener ningún beneficio. En este caso el tribunal alzaré el embargo.

b) Convocatoria, anuncio y publicidad

Una vez determinado el tipo de la subasta se procederá a convocarla con designación de la fecha, hora y lugar de su celebración (art. 644). Si se trata de bienes inmuebles el señalamiento debe notificarse, en todo caso, y al menos con 20 días de antelación, en el domicilio que conste en el título ejecutivo (667).

El anuncio se hará por edicto conteniendo todas las condiciones de la subasta, generales y particulares, y cuantos datos y circunstancias sean relevantes para el éxito de la misma (art. 646). Tratándose de inmuebles habrá de expresar lo indicado en el art. 668: la identificación del bien, la valoración inicial y, además, que la certificación del registro y, en su caso, la titulación sobre el inmueble subastado está de manifiesto en la Secretaría; que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación existente o que no

existen títulos; que las cargas o gravámenes anteriores al crédito del actor subsistirán y que, por el hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de ellos, si el remate se adjudicare a su favor.

La Ley no impone otra publicidad que la derivada de la fijación del edicto en sitio destacado, público y visible en la sede del Tribunal y lugares públicos de costumbre y luego remite a la petición de parte y al criterio del Tribunal cualquier otro tipo de publicidad (art. 645). Sin hacer ninguna distinción sobre el tipo del bien y su valor, se deja al criterio del tribunal, con petición de parte, la determinación de la publicidad que resulte razonable utilizando los medios públicos y privados que sean más adecuados a la naturaleza del bien y a su valor (art. 645.2). Se establece, además, que la publicidad se acomodará a la naturaleza del medio, procurando la mayor economía de costes, por lo que el edicto no siempre tiene que publicarse de modo íntegro, bastando con que contenga: la identificación del bien, el tipo de subasta, la situación posesoria, lugar y fecha de celebración y lugar donde está publicado el edicto (art. 646.II).

c) Subasta simultánea

A ella alude el art. 673. Tratándose de un inmueble que radique total o parcialmente fuera del partido del juzgado ejecutor, si lo aconsejan las circunstancias y lo pide alguna de las partes, podrá acordar el tribunal por providencia que se anuncie y celebre en forma simultánea en uno o varios partidos judiciales, lo que incide en la aprobación del remate. Si hay iguales posturas y el empate no pudiera salvarse mediante comunicación telefónica o cualquier otro medio, el tribunal ejecutor citará personalmente a los postores iguales para que celebren una licitación dirimente entre ellos.

d) Depósito previo

Para tomar parte en la subasta los licitadores deben presentar resguardo de ingreso en la cuenta de consignaciones y depósitos

o de que han prestado aval bancario por el 20% del valor de tasación de los bienes (muebles 647.1.3.º) o por el 30% del valor que se haya dado a los inmuebles con arreglo a lo establecido en el art. 666 (art. 669.1). El ejecutante, que solo puede concurrir a la subasta cuando existan otros licitadores, si concurre está exento del depósito.

El depósito se devolverá a su dueños después del remate, salvo el del mejor postor que se reserva como garantía del cumplimiento de su obligación o, en su caso, como parte de pago del precio (652.1).

Si los demás postores lo solicitan, sus depósitos se mantendrán a disposición del tribunal para que en el caso de que el rematante no entregare la diferencia del precio, pueda aprobarse el remate a favor de los que le sigan, por el orden de sus respectivas posturas (652.1.II).

e) *Acto del remate*

La subasta la preside el Secretario. Comienza con la lectura de la relación de bienes o de los lotes de bienes y las condiciones especiales. Anunciado en voz alta el bien o el lote debe determinarse quienes pueden ser los postores a cuyo fin se procederá a su identificación, declararán que conocen las condiciones generales y especiales o particulares de la subasta y por el mero hecho de concurrir se entiende que aceptan como suficiente la titulación y que se subrogan, de resultar rematantes, en las cargas anteriores al crédito por el que se ejecuta (art. 669.2). Por último, debe comprobarse que han hecho el depósito.

Solo el ejecutante que concorra como postor a la subasta puede ceder el remate a tercero. En este caso la cesión se realizará mediante comparecencia en el juzgado de cedente y cesionario que deberá aceptarla previa o simultáneamente al pago del precio del remate (art. 647.3).

Determinados los licitadores se abre la subasta al alza y pública. Las pujas por escrito pueden presentarse en el juzgado desde el día de la publicación del anuncio de la subasta hasta el de su celebración

con el sobre cerrado y el resguardo del depósito. Se abren al inicio del acto de la subasta por el Secretario. Las posturas que contengan se irán haciendo públicas con las demás, surtiendo los mismos efectos (art. 648).

Sin límite de tiempo se suceden las pujas, hasta que nadie mejore la última de ellas, momento en el que el Secretario da por terminado el acto y anuncia al público el precio del remate y el nombre del mejor postor, procediéndose a levantar acta con el nombre de los postores y de las posturas que formularon (art. 649.3).

f) *Subasta sin postor*

El acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por el 30% del tipo si son muebles (art. 651) y por el 50% del tipo si son inmuebles (art. 671) o, en su caso, por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si no hace uso de esta facultad, en el plazo de 20 días se procederá al levantar el embargo a instancia del ejecutado.

g) *Aprobación del remate*

El remate se aprobará por resolución judicial que adoptará la forma de auto. De ello se ocupa el art. 650 para los bienes muebles y el art. 670 para los inmuebles.

Si la mejor postura es igual o superior al 50% (muebles) o al 70% (inmuebles) del valor por el que el bien ha salido a subasta, el tribunal, el mismo día o el siguiente, aprobará el remate a favor del mejor postor.

Si sólo se hicieran posturas superiores al 50 o al 70 por ciento del valor por el que el bien hubiese salido a subasta, pero con el ofrecimiento de pagar a plazos, con garantías bancarias o hipotecarias, el precio aplazado, se harán saber al ejecutante quien en los 5 o en los 20 días siguientes, según se trate de muebles o inmuebles, podrá pedir la adjudicación del bien por el 50 o por el 70 por ciento del valor de salida. Si no hace uso de este derecho, se aprobará el remate a favor de aquellas posturas con las condiciones de pago y garantías ofrecidas en la misma.

Si la mejor postura es inferior al 50%, tratándose de muebles, o al 70%, en el caso de inmuebles, del valor por el que el bien ha salido a subasta, el ejecutado en el plazo de diez días podrá presentar un tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior a esos porcentajes o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.

Si el ejecutado no presenta postor, el ejecutante, en el plazo de 5 días, podrá pedir que se le adjudiquen los bienes si son muebles por el 50 o por el 70 por ciento, si se trata de un inmueble, del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.

Si el ejecutante no hace uso de esta facultad, se aprobará el remate a favor del mejor postor, siempre que la cantidad ofrecida supere el 30% (muebles) o el 50% (inmuebles) del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas.

Si la mejor postura no cumpliera siquiera estos requisitos, el tribunal, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso teniendo en cuenta la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. Cuando el tribunal deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo dispuesto por la subasta sin ningún postor que se regule en los arts. 651 y 671.

Antes de la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor, el deudor podrá liberar los bienes pagando íntegramente el principal, intereses y costas.

En el auto en el que se aprueba el remate, el tribunal ordenará al rematante consignar el importe de la postura (menos el depósito) en el plazo de 10 ó 20 días, según se trate de bienes muebles o inmuebles, en la cuenta de consignaciones.

Si el rematante es el ejecutante, aprobado el remate, el secretario procederá a la liquidación de lo que se deba por principal e intereses y notificada al ejecutante consignará la diferencia, si la hubiere, en el plazo de 10 días, a resultas de la liquidación de las costas (650.2). Tratándose de bienes inmuebles, el Secretario debe practicar la liquidación de lo que se deba por principal, intereses y costas y, notificada esta liquidación, el ejecutante consignará la diferencia (art. 670.2).

h) Inscripción y posesión

Consignado el precio, cuando el subastado sea un bien mueble, se pondrá al rematante en posesión del mismo.

Si se trata de un bien inmueble, para la inscripción en el Registro es bastante el testimonio del auto de aprobación del remate, expresándose en él que se ha consignado el precio y las demás circunstancias necesarias para la inscripción conforme a la legislación hipotecaria (674.1). Si el inmueble está desocupado, se entregará su posesión al adquirente (art. 675.1). Para el caso de que el inmueble esté ocupado, se procederá en la forma que dispone el art. 675,2.3 y 4.

i) Quiebra de la subasta

Si el rematante no consigna el precio en el plazo que se le ha concedido, nos encontramos ante una subasta en quiebra (art. 653) y en tal caso aquél pierde el depósito constituido y si uno o más postores hubieran mantenido el depósito previo, se puede aprobar el remate a su favor por el orden de sus respectivas posturas (art. 652.1, II).

Con los depósitos perdidos por los postores que no han consignado el precio, se puede pagar al ejecutante el principal, intereses y costas, en cuyo caso la ejecución no precisa continuar. Si esto no fuera posible, se procederá a convocar una nueva subasta y el importe del o de los depósitos perdidos se aplicará, en primer

lugar, a satisfacer sus gastos y, en segundo, al pago del crédito del ejecutante y las costas.

j) Pago y destino del remanente

Con la suma obtenida con la realización del bien, se pagará al ejecutante (arts. 654 y 672), salvo preferencia declarada en tercera de mejor derecho (art. 613.2). Si la cantidad obtenida no es suficiente se aplicará al pago del principal, intereses y costas por este orden.

Si hubiera remanente, para decidir sobre su destino, tratándose de muebles deberá atenderse a la existencia de reembargos (art. 610) y a los embargos del sobrante (art. 611) y, en último caso, se entregará al ejecutado (654).

Cuando los bienes sean inmuebles con el remanente debe atenderse al pago de los derechos inscritos o anotados con posterioridad al del ejecutante, derechos que habrán de ser cancelados. Solo si después queda alguna cantidad se entregará al ejecutado (art. 672).

La distribución del sobrante entre los titulares de los derechos inscritos o anotados con posterioridad al del ejecutante se llevará a cabo en el mismo proceso de ejecución y conforme a un incidente regulado en el art. 672.2. Si satisfechos estos acreedores, aún existiere sobrante, se entregará al ejecutado o al tercer poseedor, ello sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiere ordenado su retención en alguna otra ejecución singular, o en cualquier proceso concursal.

Hecho lo anterior podrá procederse, a instancia del adquirente, a la cancelación en el registro de la inscripción o anotación del gravamen por el que se procedió a la ejecución y de todas las inscripciones o anotaciones posteriores, por medio del correspondiente mandamiento judicial (art. 674.2).

IV. LA ADMINISTRACION FORZOSA PARA PAGO

La nueva Ley la regula en los arts. 676 a 680 y presenta como novedad respecto de la derogada, que se ocupaba de ella en los

arts. 1505 y 1521, el que la desvincula del fracaso previo de la subasta. Por lo demás, acomoda el cauce procesal para resolver las divergencias que pudieran suscitarse sobre la administración y la rendición de cuentas a las nuevas pautas procedimentales que establece.

La administración puede pedirla el ejecutante en cualquier momento de la ejecución y consiste en que se le entregue el bien o los bienes embargados para aplicar sus rendimientos al pago del principal de su crédito, intereses y costas.

Si el ejecutante opta por esta forma de satisfacción de su crédito, el tribunal la acordará, oyendo antes, en su caso, a los terceros titulares de derechos sobre el bien embargado inscritos o anotados con posterioridad al del ejecutante, ordenará que se le entreguen las fincas embargadas bajo inventario, y que se le dé a conocer como administrador a las personas que designe, pudiendo imponer multas coercitivas al ejecutado o a los terceros que impidan o dificulten el ejercicio de las facultades del administrador (art. 676).

Este régimen de administración se atenderá a lo que pacten ejecutante y ejecutado; en ausencia de pacto se entenderá que los bienes han de ser administrados según la costumbre del país (art. 677).

El administrador ejecutante tiene el derecho a hacer suyos los productos de la finca y, a su vez, tiene la obligación de mantenerla en el estado que se le entregó realizando los gastos necesarios para su conservación y reparación (a cargo de los productos). Tiene también la obligación de rendir cuentas anualmente (art. 678) al secretario judicial, dando vista de ellas al ejecutado por 15 días, y de las alegaciones de éste al ejecutante para que en nueve días manifieste si está o no conforme con ellas. En caso de disconformidad, se convocará a las partes a una comparecencia con práctica de prueba, y se dictará auto resolviendo lo procedente sobre la aprobación o rectificación de la cuenta presentada por el acreedor. Las demás divergencias que puedan surgir sobre la administración se sustanciarán por el juicio verbal (art. 679).

El régimen de administración forzosa termina: a) cuando el ejecutante se haya hecho pago de su crédito, intereses y costas; b)

cuando pague el ejecutado lo que reste de la deuda según el último estado de cuentas, en cuyo caso será repuesto en la posesión inmediatamente, sin perjuicio de la rendición general de cuentas y de las demás reclamaciones y c) a petición del ejecutante cuando decida acudir a la realización forzosa por otros medios, previa rendición de cuentas.

La administración forzosa afecta a la posesión del bien, los frutos los percibe el ejecutante, pero como siguen subsistiendo los gravámenes preferentes pueden los mismos ser ejecutados, en cuyo caso el administrador puede pagar aumentando su crédito. Los gravámenes posteriores deben esperar a que termine la administración para su realización.

EL EMBARGO Y LOS TERCEROS OCUPANTES

José Manuel Suárez Robledano
Magistrado de la Sala de lo Civil y
Penal del TSJ de Madrid

EL EMBARGO Y LOS TERCEROS OCUPANTES

SUMARIO: I. REGULACIÓN LEGAL, EN SENTIDO AMPLIO: ARTS. 571 AL 698 Y 703, 704 Y 675. II. INTRODUCCIÓN. III. CONTENIDO ESPECÍFICO EN MATERIA DE EJECUCIÓN: 1. El embargo como medida de la ejecución dineraria o vía de apremio: A) Embargos o afección de bienes. B) Manifestación de bienes del ejecutado. C) Coerción o multas compulsivas para obtener la manifestación. D) Informaciones sobre solvencia de entidades y de terceros. E) Posibilidad de medidas de investigación sin audiencia del deudor. 2. Terceros ocupantes: A) Audiencia previa y desalojo de los mismos. B) Anuncio de la situación posesoria del inmueble enajenado. C) Carácter expeditivo del desalojo de los terceros sin título. D) Procedimiento declarativo ulterior.

I. REGULACIÓN LEGAL, EN SENTIDO AMPLIO: ARTS. 571 A 698 Y 703, 704 Y 675

La regulación establecida en la novísima Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 contiene disposiciones que reglamentan extensamente la materia de la ejecución dedicándole más de dos centenares de artículos. Se trata de una regulación legal mucho más detallada y

prolija que la existente con anterioridad, que estaba ya necesitada de una urgente regulación y modernización, dadas las deficiencias, carencias y lagunas existentes en tema tan importante para garantizar realmente el cumplimiento forzoso de las obligaciones y la seguridad del crédito, la verdadera efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial consagrada, como es sobradamente sabido, en el art. 24 de la Constitución. Además, no puede olvidarse que la efectividad del derecho fundamental a la efectividad, eficacia o realidad de la tutela judicial, justamente, depende de la bondad de esta importante parte del Ordenamiento Jurídico Procesal Civil.

Tal y como se ha anticipado más arriba, la anterior LEC de 1881 dedicaba a la materia la escasa regulación legal contenida en los arts. 919 a 958, incluyéndose el procedimiento de cumplimiento en España de las Sentencias extranjeras o "exequatur", complementándose con la asistemática regulación del embargo y del apremio o ejecución dineraria contenida en los arts. 1447 a 1455 y 1481 al 1560, incluyéndose las tercerías, así como el denominado apremio en negocios de comercio. Resulta obvia la mejora sistemática conseguida por la nueva LEC 1/2000, incluyéndose en un apartado único todas las disposiciones atinentes a la ejecución de resoluciones judiciales, así como de títulos extrajudiciales, antes denominada juicio ejecutivo.

II. INTRODUCCIÓN

Ha de tenerse en cuenta que, sin perjuicio de lo que luego se indica específicamente sobre las novedades más importantes de la sistemática de la ejecución en la Ley que ha venido a tener vigencia el día 8 de enero del año 2001 (se preveía una "vacatio legis" de un año por su Disposición Final 21.^a), el Preámbulo de la misma señala que se introduce una nueva regulación unitaria, clara y completa de la ejecución, introduciéndose la oposición a la ejecución, así como la suspensión de la misma. La tramitación de dicha oposición se simplifica al máximo al remitirla al juicio verbal, limitándose sus efectos al proceso de ejecución.

Tanto en relación con la materia que ahora nos ocupa como con el resto de las instituciones dedicadas a la ejecución, también conviene recordar que el Legislador viene a manifestar, con claridad, una idea que inspira la nueva regulación y que se refleja en la novísima regulación de la materia ejecutiva, a saber, se protege mucho más enérgicamente que hasta ahora al acreedor. Ello significa, evidentemente, que se estima que, al menos hasta la nueva LEC 1/2000, no se estimaba adecuadamente garantizado el crédito, la posición del acreedor insatisfecho en las prestaciones a las que tenía derecho extrajudicialmente y que, por la no voluntaria satisfacción, se ve compelido a reclamar ante los Órganos Jurisdiccionales competentes. Parece que se intenta conseguir una homologación, al menos legal, con otros sistemas más garantistas del crédito, siendo evidente que lo que, al menos por ahora, no viene acompasado al sistema instaurado es la planta judicial que, sobre todo en las grandes ciudades y concentraciones de población y económicas, presenta grandes distorsiones y carencias.

Se prohíbe el embargo indeterminado al establecerse el principio de la suficiencia de los embargos, determinándose los bienes que pueden embargarse, los inembargables o los que lo sean relativamente, así como el alzamiento de lo embargado erróneamente, la ampliación o la reducción del embargo y la administración judicial. Todas ellas son mejoras evidentes con respecto a la regulación precedente, más claras, precisas y correctas técnicamente. La prohibición de indeterminación de los embargos practicados conllevará la ineludible necesidad de atender a la claridad de los derechos reales y de la adecuada aplicación del sistema hipotecario, aplicándose con carácter general la especialidad, concreción y exactitud de los bienes, derechos y garantías aplicables a la ejecución, evitándose las definiciones genéricas o propiamente indeterminadas en la descripción de los embargos, con subsiguientes problemas de ejecución o resultado fallido de la misma.

Las disposiciones sobre la ejecución hipotecaria o pignoratícia mantienen sustancialmente el régimen precedente, aun con una regulación unitaria que se introduce ahora y una ordenación más adecuada de las actuales causas de suspensión de la ejecución aun

manteniendo su carácter restrictivo. Ha de destacarse, al respecto, la instauración de un sistema procesal hipotecario incardinado en la misma Ley procesal sin la extravagancia legislativa anterior de considerar la ejecución hipotecaria como un apartado propio de la Ley Hipotecaria o de las leyes especiales. Se procesaliza la regulación de la ejecución en este apartado.

Destaca, por último, el Preámbulo de la Ley ahora comentado que, en lo referente a la ejecución no dineraria, se aparta el Proyecto de la inmediata inclinación actual a la indemnización pecuniaria aunque, no obstante, se mantiene el realismo de no empeñarse en lograr coactivamente prestaciones a las que son inherentes los rasgos personales del cumplimiento voluntario. Se evita así acudir, como regla general, a la inmediata y fácil sustitución de la prestación no dineraria por una indemnización de daños y perjuicios, tal y como preveían antes los arts. 924 a 926 de la Ley de 1881, evitándose así que el acreedor de la prestación no dineraria viera satisfecha, conforme a la Sentencia obtenida a su favor, la efectiva tutela judicial reclamada en el proceso.

III. CONTENIDO ESPECÍFICO EN MATERIA DE EJECUCIÓN

1. *El embargo como medida de la ejecución dineraria o vía de apremio*

A) *Embargo o afección de bienes*

En primer lugar, con respecto al plazo de espera establecido para la ejecución de las decisiones judiciales o arbitrales, que será de 20 días desde la notificación al ejecutado, pretendiéndose, con ello, favorecer el cumplimiento voluntario por encima del forzoso, claro está a no haber mediado ejecución provisional, ha de señalarse que tal norma será aplicable a la petición de ejecución o embargo simplificada establecida en el art. 550.2 al permitirse la referida forma simplificada, con indicación de la solicitud de que se despache la ejecución, identificando la sentencia o resolución

que se pretende ejecutar, cuando se trata de la ejecución de una sentencia o resolución dictada por el Juez competente para conocer de la ejecución. Como precisiones complementarias a dicha norma han de indicarse las consistentes en que, de una parte, tal plazo será aplicable, por virtud de la remisión genérica contenida en el art. 524.3, a la solicitud de embargo cursada en sede de ejecución provisional ("las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ordinaria"), y que, además, la parte negativa de dicha regla procesal de no inmediata ejecutividad de las resoluciones de condena apeladas o firmes estriba en el riesgo de alzamiento de los bienes del condenado, así como en la mayor posibilidad de crear situaciones de insolvencia que, no obstante, se ve pueden ser paliadas por la aumentada penalidad contenida en el art. 257 del Código Penal de 1995. Aun así, la única forma de asegurar la eficacia indudable del crédito será la consistente en obtener la medida cautelar nominada de embargo preventivo del art. 727.1.º con la obligada prestación de fianza o cautela previa ajustada a la regla del párrafo segundo del art. 728.3, o sea, "atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice (el Juez de 1.ª Instancia)... sobre el fundamento de la solicitud de tutela".

Respecto a la efectividad inmediata del embargo o afección acordados, la nueva LEC viene a señalar que el Auto despachando la ejecución no es susceptible de recurso alguno, siendo susceptible de apelación directa el que la deniegue y sólo con el acreedor, con reposición facultativa del mismo. Dicho Auto dando lugar al despacho de ejecución deberá contener, entre otras, las indicaciones referentes a las medidas de localización y averiguación de bienes, el embargo ya de bienes concretos y la cantidad por la que se acuerda. Las medidas en él acordadas se llevarán a efecto de inmediato sin oír al deudor ni esperar a la notificación del mismo. También, de acuerdo con el art. 575, el despacho se extenderá a la cantidad de principal de la demanda, así como a los intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada en el aumento previsible de ellos y de las costas de la ejecución sin que puedan superar en un 30% a la inicial, sin perjuicio de posterior

liquidación, y sin perjuicio de que proceda una superior justificada suficientemente por el ejecutante. Tales indicaciones, aun redundantes, nos permiten recordar que el alcance del embargo o afectación de bienes y derechos ha de tener la extensión referida, pudiéndose aumentar la relación de bienes y derechos embargados en el caso de que, con posterioridad al despacho de la ejecución y al mismo acto de la traba se revelen insuficientes los sujetos a la responsabilidad inicialmente. Debe tenerse en cuenta, al respecto, que el art. 613.2 y 3 prevé que la responsabilidad de los bienes anotados preventivamente en los registros correspondientes, respecto de los terceros poseedores adquirentes de los mismos en otra ejecución, se limita a las cantidades consignadas en el registro en la fecha en la que aquéllos hubieran inscrito su adquisición, pudiendo hacer constar el embargante o ejecutante el aumento de la responsabilidad por intereses y costas de la ejecución cuando se acredite al Juez de 1.ª Instancia competente para ejecutar el aumento de tales conceptos y la insuficiencia de las anteriormente referidas en la anotación para cubrir tales deudas ampliadas por el lapso temporal del proceso de ejecución. Dicho aumento de la responsabilidad ha de ser, obviamente, reflejada en los mandamientos que se libren a los encargados de los registros correspondientes, dándose publicidad con ello a los terceros y evitándose así que los adquirentes en otro proceso de ejecución puedan oponer la limitación de responsabilidad reflejada registralmente, al no poder hacerlo los que no gocen de dicha condición por el carácter provisional de la responsabilidad declarada por el Registro y su advertencia de la posibilidad de aumento en la ejecución final.

Así se vino entendiendo, inclusive bajo el régimen procesal de la anterior LEC de 1881, al señalarse que

«1.º) Habiéndose sustanciado juicio ejecutivo a instancias de la entidad apelada solidariamente contra la entidad J. D. A. S.L. y D.ª M. D. F. S., despachándose ejecución por un importe de 800.000 pesetas por principal y otras 400.000 pesetas más provisionalmente calculadas para intereses y costas por Auto del 12-4-1995, se trabó embargo el día 10-5-1995 sobre la 1/2 indi-

visa del piso 16-C del bloque n.º 4 del Barrio del P., Calle F. C. n.º 59, haciendo constar la referida demandada que se encontraba divorciada de D. A. F. R. desde hace aproximadamente 2 años y medio, extremos éstos referentes que no se desprenden del poder general para pleitos por ella presentado en el proceso (folio 52). En la anotación preventiva del embargo de dicha cuota y en la anotación correspondiente en el Registro de la Propiedad n.º 18 de Madrid se reflejó la referida responsabilidad provisional de la finca embargada en su mitad indivisa. Instado el procedimiento de apremio respecto de dicha propiedad, el Registrador de la Propiedad libró certificación en la que consta que la finca está inscrita por mitad y en proindiviso a favor de la ejecutada citada y de su esposo, que están casados en régimen de separación de bienes, sacándose a subasta. Con una anticipación de 9 días a la subasta anunciada previamente con todas las formalidades legales, presentó escrito al Juzgado de 1.ª Instancia, personándose, la entidad apelante haciendo constar que había adquirido el bien sacado a subasta pública judicial a la ejecutada en escritura pública notarial previa del 4-12-1998 y que había procedido a consignar la cantidad de 1.200.000 pesetas con la finalidad de obtener la cancelación del embargo que pesaba sobre la finca en cuestión. Opuesta la entidad ejecutante, se practicó la tasación de costas y liquidación de intereses ascendiendo las primeras a la cifra de 969.996 pesetas y los intereses a la cantidad de 304.045 pesetas, además de las 800.000 del principal reclamado. Tales cuantías devinieron firmes por falta de impugnación. 2.º) Aducida la infracción de los arts. 72.2 de la Ley Hipotecaria, así como los 166 y 180 y concordantes del Reglamento Hipotecario, así como los básicos principios de protección del tercero registral, de publicidad registral y de especialidad o determinación jurídica y de seguridad jurídica, ha de señalarse que, en primer lugar, la entidad ejecutante acreditó debidamente que la ejecutada y su esposo donaron la otra mitad de la finca embargada en cuestión a sus hijos el 5-5-1989 y que la sociedad que consignó y recurre fue constituida por dicho esposo, al parecer una vez divorciado y casado con D.ª P. R. V. en segundas nupcias, correspondiéndole a aquel 350 de las 500 participaciones sociales constitutivas del capital social de la sociedad en cuestión, de tal manera que, en razón de ello y en

primer lugar, la consideración como tercera hipotecaria de buena fe de la sociedad adquirente aparece, al menos, como dudosa por la relación familiar existente entre el socio mayoritario de la compradora y la ejecutada, al parecer ex-esposa del mismo. Pero es que, además, el no aplicable y novísimo art. 613 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 sólo viene a innovar en el sentido de permitir al ejecutante interesar la constancia del aumento de responsabilidad inicial del bien embargado en el Registro de la Propiedad acreditando al Juzgado su aumento respecto de la cantidad inicial, además de establecer, respecto de los terceros poseedores de bienes con anotación preventiva de embargo, que su responsabilidad, cuando adquieran los bienes en otra ejecución, tendrá como límites las cantidades consignadas en el Registro a la fecha de la inscripción de la suya en el mismo. 3.º) Con respecto, por último, a la concreta cuestión suscitada por el recurso ha de estarse a la doctrina mayoritaria, a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo del 12-7-1941 y a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 21-11-1991, pese a ciertas oscilaciones de la jurisprudencia de las Audiencias, siendo relevante considerar que, si se admitiese que al tercer adquirente no le afectaban las responsabilidades por intereses y costas fuera del límite publicado por el Registro de la Propiedad, se pondría en manos del deudor la posibilidad de confabularse con un tercero, mediante transferencia del dominio, para burlar los derechos del acreedor, siendo posible el cobro del sobrante después de satisfecho íntegramente el actor de todo cuanto le corresponda percibir, tanto por capital e intereses, como por costas. En su consecuencia, no existiendo infracción de precepto alguno en la resolución dictada en la primera instancia, se está en el caso de confirmarla en todos sus términos al estar plenamente ajustada a derecho y no oponerse a la seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución por derivarse de las consecuencias claramente establecidas en el art. 72.2 de la Ley Hipotecaria antes referido» (Auto de 8 de mayo del 2001, de la Sección 11.ª de la Audiencia de Madrid).

Todo ello, asimismo, sin perjuicio de la posibilidad de mejora del embargo con otros bienes diferentes a los anteriormente embargados, mejora asimismo procedente en el caso de admisión o

estimación de una tercería de dominio sobre los ya embargados con anterioridad (arts. 598.3, 604 y 612).

Además de la posibilidad legal que tiene el ejecutado de interesar la reducción o la modificación del embargo y de sus garantías, en el acreditado caso de estimar que los embargados tienen un valor superior a la cantidad por la que se haya despachado la ejecución (arts. 584 y 612.1), también se permite la impugnación autónoma (562) de las infracciones procesales producidas en el proceso de ejecución a través del recurso de reposición, de apelación y mediante escrito por omisión del Juzgado, además de la posible nulidad de actuaciones de los arts. 225 y siguientes (sin vigencia actual, con aplicación de los arts. 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial a tenor de la Disposición Final 17.ª de la LEC 1/2000), ha de tenerse en cuenta que en sede de tercerías de dominio la LEC 1/2000 dispone que, siempre a solicitud de parte (art. 216), es posible la denegación del embargo de bienes y derechos cuya traba interesa el ejecutante cuando el Juez de 1.ª Instancia tenga motivos racionales para entender que los bienes que se propone embargar pueden pertenecer a un tercero.

Asimismo, se prevé sólo para el caso de despacho de ejecución por decisión judicial el recurso contra decisiones adoptadas en contradicción con lo acordado en el Auto despachando la ejecución, además de la suspensión de la concreta actuación ejecutiva cuando ocasione daños de difícil reparación previa prestación de caución por el retraso (arts. 563 y 567).

La ejecución dineraria o vía de apremio es la más importante, por numerosa, aplicándose a los casos en los que del título resulte, directa o indirectamente, el deber de entregar una cantidad de dinero líquida (571).

Considera la Ley como cantidad líquida la que sea determinada al expresarse en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles, prevaleciendo la cantidad en letras en el caso de disconformidad, no siendo preciso que sea líquida la cantidad de intereses de la ejecución y por sus costas.

Aunque se trata con mayor detalle en otra de las ponencias, a los efectos del embargo o traba, conviene recordar que se regula

con detalle en la Ley la ejecución por *saldo de operaciones*, permitiéndose el despacho de la ejecución por el que resulte de pacto similar al del actual 1435 LEC 1881 con previa notificación del saldo deudor o liquidación practicadas al ejecutado y al fiador. En estos casos, a la demanda ejecutiva deben acompañarse el saldo resultante de la liquidación, así como las partidas de cargo y abono, así como de intereses, la certificación fehaciente de la liquidación practicada en la forma pactada por las partes, el documento acreditativo de la notificación al fiador y al deudor del saldo, siendo facultativa la aportación de los justificantes de las diversas partidas de la liquidación practicada. En caso de duda del acreedor puede pedirse la ejecución parcial con demanda declarativa simultánea por el resto.

Casos de intereses variables: en estos casos el acreedor expresará las operaciones de cálculo que arrojan el saldo reclamado, aplicándose también dicha disposición al supuesto en el que la cantidad provenga de un préstamo o crédito en el que sea preciso ajustar las paridades de distintas monedas y sus respectivos tipos de interés.

El art. 576 viene a ser similar, *en lo referente a los intereses de la mora procesal*, al 921 anterior de la LEC de 1881. Para las *deudas en moneda extranjera* se dedica el art. 577, que contiene un mayor detalle y ecuanimidad que en la situación actual. Se establece que en el caso de títulos con expresión de moneda extranjera (recuérdese que, próximamente, en los de la Unión Europea la única moneda será el Euro, efectuándose en tal unidad monetaria todas las transacciones, así como su conversión) se habrá producido el despacho de la ejecución en la unidad extranjera correspondiente aunque, respecto de costas, gastos procesales e intereses de demora procesal, el abono tendrá lugar en Euros desde el 1 de marzo de 2002, con equivalencia a efectuar desde el 1 de enero de 2002. A efectos de los bienes y derechos a embargar para cubrir las correspondientes responsabilidades, debe efectuarse el cálculo del valor en euros o, si se trata de otras divisas no europeas, según el cambio oficial al día del despacho de la ejecución, siendo, pues, esa la fecha determinante de la valoración a tener en cuenta por el Juzgado de 1.ª Instancia de la ejecución. Si la corres-

pondiente moneda extranjera del título, por último, no tuviera cotización oficial en España, habrá de estarse al cambio que acredite y se alegue al Juzgado por el ejecutante, sin perjuicio de la liquidación posterior en incidente de los arts. 714 a 716 de la LEC 1/2000, tratándose, en definitiva, de cálculo provisional acreditado sólo a efectos del embargo o traba necesitado de posterior determinación en incidente liquidatorio complementario que dilucidará la deuda realmente existente en la moneda no cotizada.

Asimismo, la posibilidad del *vencimiento de nuevos plazos* de la deuda ejecutada se regula de forma más adecuada que en la actualidad (art. 578), destacando de ella la ampliación automática de la ejecución que se hará saber al ejecutado al notificarle el Auto despachando la ejecución si no consigna antes de los vencimientos sucesivos que se produzcan, procediendo en esos casos la mejora del embargo con la ya antes señalada constancia registral posterior y subsiguiente ampliación hipotecaria de la responsabilidad que, figurada ya antes, solamente producirá los efectos limitados anteriormente expuestos respecto de los terceros.

Como preliminar obligado, conviene recordar que el *requerimiento de pago previo* al embargo, de forma similar a lo establecido en la actualidad y salvando ciertas prácticas "contra legem" actualmente existentes en algunos casos, no es preciso para la ejecución sino cuando se trate de títulos extrajudiciales sin que, aun en éste caso, sea preciso cuando hubiere precedido un requerimiento de pago notarial con al menos 10 días de antelación. Dicho requerimiento notarial sustitutivo del judicialmente a practicar deberá adjuntarse, necesariamente, con la demanda ejecutiva o en solicitud de ejecución, debiéndose practicar conforme a la legislación notarial. Cuando proceda el judicial, se hará en el domicilio del deudor o en cualquier lugar en el que pueda ser encontrado aun de forma accidental (*lugar de trabajo o residencia accidental*). Puede pagar en dicho acto, dándose por terminada la ejecución y siendo de su cuenta las costas causadas, salvo que pruebe que no pudo pagar antes por causas que no le sean imputables (arts. 580 a 583).

En cuanto a la *suficiencia del embargo*, los bienes embargados no excederán el valor previsible de la cantidad por la que se haya

despachado la ejecución, salvo que el ejecutado sólo tenga en su patrimonio los mismos (art. 584). Se suspenderá el embargo acordado en el despacho de ejecución si *consigna el ejecutado*, pudiendo hacerla con posterioridad y alzándose los embargos en dicho momento (art. 585). Respecto de la posible entrega de la cantidad consignada al ejecutante, debe tenerse en cuenta que si se opone quedará la cantidad entregada pendiente del resultado de la oposición, y si no se opone o se desestima la misma, se entregará la cantidad al ejecutante (art. 586).

El embargo se entiende practicado desde que se decreta directamente por resolución judicial que contenga su descripción o se levante acta que lo describa, prohibiéndose los embargos indeterminados o genéricos (588) aunque pueden trabarse los depósitos bancarios y saldos favorables de las cuentas bancarias con el límite máximo determinado en el Auto despachando la ejecución (ello significa que debe indicarse dicha limitación del embargo de cuentas y saldos bancarios en el Auto despachando y en los oficios que se remitan a las entidades bancarias depositarias), siendo libremente disponible el resto por el ejecutado. En su obligada consecuencia, ya no será obligatorio esperar al levantamiento o práctica del acta judicial de embargo, pudiéndose decretar por Providencia el embargo de cualquier bien, así como adoptar en dicha resolución las garantías consiguientes (depósito de bienes muebles o garantías de los inmuebles mediante el mandamiento a los correspondientes registros en los que se encuentren inscritos, especificando su responsabilidad).

El tradicional art. 1449 LEC 1881, *sobre el orden de los embargos*, viene a ser sustituido por el nuevo art. 592 al establecer el siguiente:

- 1) Dinero o cuentas corrientes de cualquier clase.
- 2) Créditos o derechos realizables en el acto o a corto plazo, y títulos, valores u otros instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores.
- 3) Joyas y Objetos de arte.

- 4) Rentas en dinero.
- 5) Intereses, rentas y frutos de toda especie.
- 6) Bienes muebles o semovientes, acciones, títulos o valores no admitidos a cotización y participaciones sociales.
- 7) Bienes inmuebles.
- 8) Sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas.
- 9) Créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo.

Por último, se prevee *el embargo de empresas cuando, dadas las circunstancias, resulte preferible al embargo de sus distintos elementos patrimoniales*, optando la previsión legislativa por la no conveniencia, como regla general, de embargar las empresas, siendo preferible el de sus diferentes elementos patrimoniales integrantes de la unidad empresarial. Complementan esta regla especial, las disposiciones de los arts. 630 a 633 de la nueva LEC 1/2000 sobre Administración Judicial de las empresas embargadas sobre las que se luego se tratará. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que el orden legal de embargos gozará de prioridad sólo en el caso en el que no haya pacto expreso de las partes sobre sujeción de determinados bienes a la responsabilidad o crédito pendientes de pago por el deudor.

En lo referente a la *embargabilidad de los bienes*, no son embargables (art. 605) los declarados inalienables (bienes de dominio público, los de Estados destinados a fines públicos, etc.), los derechos accesorios (o sea, los que no tengan autonomía patrimonial diferenciada de otros), los que carezcan de contenido patrimonial (por ejemplo, los derivados de la personalidad) y los que la ley declare inembargables.

No se le pueden embargar al ejecutado:

- 1) El mobiliario y el menaje de casa, así como sus ropas y las de su familia en lo no considerado superfluo; en general, los alimentos, combustible y otros que resulten imprescindibles para que el deudor y las personas dependientes de él puedan atender con dignidad a su subsistencia.

2) Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada.

3) Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas.

4) Las cantidades expresamente declaradas inembargables por la Ley y los bienes y cantidades declaradas inembargables por Tratados internacionales ratificados por España (art. 606). Es nulo el embargo que se haga de los mismos, bastando recurso del ejecutado o comparecencia ante el Juzgado a tal efecto (609), de tal manera que en este último caso de reclamación no será precisa la actuación a través de profesionales (Abogado y Procurador) para instar la anulación del embargo indebido. En breve comentario, debe destacarse que, pese a las indudables mejoras producidas en el nuevo texto sobre bienes y derechos inembargables, es lo cierto que la imprecisión sigue prevaleciendo en las menciones legales cuyo norte, indudablemente, ha de guiarse por el principio constitucional del respeto a la dignidad de las personas contenido en el art. 10 de nuestra Constitución. Será, pese a ello, dudosa la consideración como superfluos de los bienes integrantes del menaje casero, aunque los de carácter claramente lujoso o desusado han de poder ser trabados para cubrir las responsabilidades procedentes. También ofrecerá indudables dificultades el deslinde, en cada caso, del valor desproporcionado de los instrumentos necesarios para el desempeño del trabajo o profesión del deudor susceptibles de la traba (recuerdo la petición de embargo de bienes del despacho de un Abogado por su esposa en proceso de separación matrimonial). De todo ello sólo se deduce inseguridad jurídica contraria a la norma constitucional del art. 9.3 de nuestra Carta Magna haciéndonos recordar, curiosamente, la certeza de la antigua regla contenida en Las Partidas (Título 13 de la Partida 5.^a) al referirse como insusceptibles de empeño o embargo a "las otras cosas de su casa que ha menester cada día, para servicio de su cuerpo, o de su compañía", y a "las otras cosas todas, de su coci-

na, que ha menester para servicio de su comer", estableciéndose la cláusula general de inembargabilidad de las "otras algunas, si las oviere, que sean semejantes destas".

Respecto al *embargo de sueldos y pensiones, así como de los ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas*, el art. 607 modifica la escala del anterior art. 1451 LEC 1881 con la finalidad de acortarlas y endurecer el régimen de las cantidades sujetas a retención, deduciéndose las retenciones permanentes públicas en forma similar a la actualmente vigente. Además, *en el caso de unidad familiar sin régimen de separación de bienes*, se computarán los ingresos y rendimientos de los dos cónyuges, de tal manera que serán de mejor condición en las deudas y frente al embargo posible, en cómputo matemático efectuado, los que gocen de dicho régimen matrimonial frente a los de gananciales del derecho común o de "conquistas" en Navarra. Atendiendo a las *cargas familiares del ejecutado* el Juzgado podrá aplicar una reducción de un 10 a un 15% de la escala aplicable al ejecutado, norma de equidad que deberá ponderar en cada caso el Juez de 1.^a Instancia llamado a la ejecución concreta.

En las *prestaciones de alimentos* no se aplican en principio las limitaciones establecidas en el anterior artículo, de forma similar a la establecida en la actualidad, fijándose la cantidad embargable por el Juzgado competente (art. 608). Naturalmente, ha de quedar al deudor la cantidad necesaria para subsistir con dignidad, siempre que ello sea posible y en la medida de los rendimientos que se obtengan por el deudor.

En cuanto al *reembargo*, o embargo posterior del mismo bien, el art. 610 establece que los bienes y derechos embargados pueden ser reembargados perteneciendo al reembargante el sobrante una vez pagado el embargante, pudiendo solicitar la subasta o realización forzosa en el caso de que no se vean afectados por ello los derechos de los anteriores embargantes (mantenimiento de las cargas anteriores y preferentes). Además, cabe el embargo del *sobrante* (art. 611), con depósito en la cuenta de consignaciones y depósitos a disposición del Juzgado que lo acordó. En el caso de pluralidad de acreedores que concurran sobre dicho sobrante, sin

que exista posibilidad de pago con tal importe de todos ellos o prioridad por la inscripción, la nueva LEC 1/2000 soluciona las dudas anteriormente existentes al respecto (reparto por el propio Juez de la ejecución o remisión al juicio declarativo con previa declaración de prorrateo o graduación) estableciendo que, sin perjuicio de la entrega del remanente a los titulares de créditos inscritos o anotados por su orden posterior al del ejecutante, el resto se liquidará en incidente al efecto entre los que acrediten la subsistencia y exigibilidad de sus créditos, siendo la regla de la ejecución hipotecaria similar (arts. 654, 672 y 692).

La mejora y modificación del embargo anteriormente hecho se establece en el art. 612, indicándose que podrá pedir la mejora el ejecutante cuando se dé un cambio de las circunstancias que permita dudar de la suficiencia de los bienes embargados respecto de la responsabilidad del ejecutado. A la inversa, puede el ejecutado solicitar la reducción o modificación del embargo cuando pueda tener lugar dicha circunstancia sin peligro para los fines de la ejecución o suficiencia del embargo en relación con la cuantía del despacho de ejecución acordado y en relación con el art. 584. No cabe recurso alguno contra la Providencia del Juzgado al respecto.

La garantía del embargo de bienes muebles y derechos se establece en los arts. 621 al 628. Respecto al embargo de dinero (o divisas convertibles), cuentas corrientes y sueldos, se establece (art. 621) que se depositarán en la cuenta de consignaciones, enviándose orden de retención de saldos favorables de cuentas corrientes con el límite de la cantidad que haya sido objeto del despacho de ejecución, así como de sueldos, pensiones u otras prestaciones periódicas con indicación al pagador de que han de transferirse a la cuenta judicial de consignaciones. Pese a la dudosa expresión legal, no parece desaconsejable que en los supuestos de ejecución sucesiva de prestaciones periódicas a cargo del deudor (procesos matrimoniales o de alimentos) la orden de retención e ingreso se efectúe y se pida directamente a la cuenta del acreedor sin que, previamente, tenga que pasar por la cuenta judicial (con los consiguientes retrasos y dilaciones, así como molestias de todo tipo). Tienen la consideración de caudales públicos todos

los bienes y derechos embargados desde que se acuerda la retención o se depositan (art. 625, con la consiguiente posibilidad de delito de malversación de caudales impropio del art. 435 del Código Penal de 1995).

En cuanto al embargo de *intereses, rentas o frutos* (art. 622), se enviará orden de retención a quien deba pagarlos o directamente los perciba, acordándose sólo la administración judicial de frutos y rentas cuando así lo aconseje la naturaleza de los bienes y derechos, la importancia de los intereses, las rentas o los frutos embargados o las circunstancias en que se encuentre el ejecutado razonablemente lo aconsejen, o si no cumplen la orden de retención o de ingreso acordadas anteriormente. No han de ocultarse las indudables dificultades prácticas derivadas de la administración judicial de bienes productivos (gasolineras, hoteles, empresas, actividades productivas en general), y las dificultades de control, así como las responsabilidades derivadas del nombramiento de persona o entidad idónea dedicada al control de la actividad productiva (recuerdo la iniciación de procesos penales por apropiación indebida contra los Administradores después de iniciada la Administración Judicial y al liquidar los resultados). Los arts. 630 y siguientes regulan la *Administración judicial de empresas, ya antes aludida*, que se puede establecer si se embarga una empresa o grupo de empresas, así como si se embargan acciones o participaciones representativas de la mayoría del capital social de ellas, así como la mayoría de sus bienes o patrimonio común, además del caso de embargo de frutos y rentas del art. 623, acordándose previa audiencia de las partes para designar un administrador (con facultades legalmente establecidas en los arts. 632 y 633) y con simultáneo nombramiento de Interventores y anotación preventiva en el Registro de la Propiedad respecto de los inmuebles y en el Mercantil respecto del Administrador Judicial. Se ha venido a mejorar, de forma ostensible, la normativa referida a la actuación del Administrador Judicial en tanto que, además de establecerse expresamente la posibilidad de que sustituya a los administradores anteriores (de la empresa o sociedad intervenida) en todas sus facultades legales, se establece la medida de salvaguarda

consistente en que precisará autorización judicial para enajenar o gravar participaciones sociales o de ésta en otras, bienes inmuebles o cualesquiera otros respecto de los que se establezca dicha cautela, con previa comparecencia ante el Administrador de los posibles interventores designados. La actuación ordinaria del Administrador, asimismo, se sujeta a decisión del Juzgado de 1.^a Instancia en cuanto a las discrepancias que surjan sobre la Administración Judicial, con Providencia dictada al efecto y con la obligada previa audiencia de los afectados. Además, está obligado a rendir cuenta final de su gestión, con posible oposición a la misma en comparecencia y decisión final apelable. Necesariamente, debe acordarse al nombrarle sobre las cuentas parciales que deba presentar antes, con similares garantías.

En el caso de embargo de *valores e instrumentos financieros* (art. 623), se notificará el embargo al obligado al pago periódico o a la entidad emisora si fueran títulos redimibles o amortizables a voluntad del tenedor o propietario de ellos, con indicación de retención del pago, así como de los intereses y dividendos; si cotizan los valores, la notificación y orden de retención se hará al órgano rector y éste lo notificará a la entidad encargada de la compensación y liquidación; si se trata de participaciones en sociedades civiles, colectivas, comanditarias, de responsabilidad limitada o acciones que no coticen, el embargo se notificará a los administradores de la sociedad, debiendo poner en conocimiento del Juzgado la existencia de pactos limitativos de la libre transmisibilidad o cualquier otra cláusula que afecte a los títulos.

Como medida de seguridad e identificación, así como de seguridad jurídica, el *embargo de bienes muebles* (624 y siguientes) se practicará describiéndolos de la forma más detallada posible, con constancia gráfica judicial o de parte, recogiendo las manifestaciones de los presentes sobre su titularidad y eventuales derechos de terceros, persona a la que se designa depositaria de los mismos y lugar en el que quedan depositados. *Se regula en forma detallada el régimen legal del depósito de los bienes embargados*: los títulos valores y objetos especialmente valiosos o precisados de especial conservación podrán depositarse en establecimiento público

o privado adecuado; si los muebles están en poder de un tercero se le nombrará depositario judicial, requiriéndole para que los conserve a disposición del Juzgado, salvo que se acuerde otra cosa; se nombrará depositario al ejecutado si los bienes estuvieran destinados a una actividad productiva o si resultaren de difícil o costoso transporte o almacenamiento; en otros casos, se puede nombrar depositario al ejecutante o, oyendo a éste, a un tercero, así como en los Colegios de Procuradores siempre que dispongan de un servicio adecuado para asumir las responsabilidades de un depositario; el embargo de valores representados por anotaciones en cuenta se comunicará al órgano o entidad que lleve su registro para que lo consigne en el libro respectivo; el depositario tiene *responsabilidades* consistentes en el deber de conservar los bienes a disposición del Juzgado, exhibirlos y entregarlos a quien indique el Juzgado, pudiendo ser removido y designando a otro en su lugar, además de la responsabilidad civil y penal, correspondiendo al ejecutado hasta que se nombre depositario dichas obligaciones, así como a los administradores, representantes o encargados o al tercero en cuyo poder se encontraron los bienes; los *gastos del depósito* serán reintegrados como costas del ejecutado, pudiendo anticiparlos el ejecutante, pudiendo fijarse por el Juzgado un precio por el depósito en entidad o establecimientos adecuados.

La garantía del embargo de bienes inmuebles y de otros que sean susceptibles de inscripción se hará por medio de mandamiento de anotación preventiva del embargo cursado por el Juzgado del proceso de ejecución a instancias del ejecutante, remitiéndose *por fax al Registro de la Propiedad en el que se tomará asiento de presentación, quedando en suspenso la práctica de la anotación hasta que se presente el documento original*. De esa forma viene a eliminarse la posibilidad de la enajenación rápida del inmueble una vez embargado y antes de la constancia registral del embargo en el registro de la Propiedad, de tal manera que dicho asiento de presentación del fax judicial inmediato a la orden de embargo deja constancia frente a terceros de la traba o embargo, con inmediata responsabilidad del tercero adquirente, y sin que la necesaria previa presentación ante la Hacienda Pública del

mandamiento para su liquidación tributaria produzca efecto negativo alguno en su dilación necesaria. Si el bien *no está inmatriculado*, o lo está a favor de persona distinta del ejecutado, puede tomarse nota de suspensión de la anotación de embargo (art. 629).

Previa a la valoración de los bienes embargados, *si se trata de bienes del art. 634* (dinero efectivo; saldos de cuentas corrientes y de otras de inmediata disposición; divisas convertibles, previa conversión, en su caso; o cualquier otro bien cuyo valor de mercado coincida con su valor nominal o que acepte el acreedor por su valor nominal aunque sea inferior que el de mercado), se *entregarán directamente al ejecutante*, salvo que haya habido oposición a la ejecución, ya que, en tal caso, quedará pendiente la entrega de la firmeza de la desestimación de dicha oposición. Si se trata de saldos de vencimiento diferido, el Juzgado adoptará las medidas adecuadas para conseguir su cobro, incluso nombrar un Administrador. Si de incumplimiento de contratos de venta a plazos de bienes muebles se trata, a solicitud del ejecutante, se hará entrega inmediata de los bienes al mismo por el valor que resulte de las tablas o índices referenciales de depreciación que se hubieran establecido en el contrato (arts. 635 y 636).

B) Manifestación de bienes del ejecutado

Salvo (art. 589) que el ejecutante señale en su demanda bienes suficientes para realizar el embargo, el Juzgado requerirá de oficio al ejecutado para que manifieste una relación de bienes y derechos suficientes a cubrir la cuantía de la ejecución, expresando detalladamente sus cargas y gravámenes, así como las personas que ocupen los inmuebles y en virtud de qué títulos.

Del régimen legal referido ha de destacarse la orden judicial, de oficio, de proceder a requerir de oficio –o sea, sin instancia de parte, como excepción de las previstas expresamente, según el art. 216 LEC 1/2000– al deudor, en el caso de insuficiencia de bienes designados por el ejecutante en su demanda ejecutiva, para que manifieste, declare o haga saber los bienes o derechos suscep-

tibles de embargo o traba de los que dispone y que sean suficientes para cubrir las responsabilidades reclamadas en toda su extensión, no de forma parcial o por debajo de la reclamación objeto de la ejecución.

Se trata de fórmula novedosa, importada de otras legislaciones procesales, cuya efectividad depende, en gran medida, del instrumento coercitivo que se menciona a continuación.

Por otra parte, tampoco puede entenderse que sea factible acudir al cómodo expediente de evitar la necesaria y previa investigación privada de la solvencia del deudor objeto de la ejecución ante la posterior manifestación de bienes del deudor a practicar de oficio por el Juzgado de 1.^a Instancia, ya que tal conducta procesal estaría claramente inmersa en el fraude de ley procesal prohibido por los arts. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 6.4 del Código Civil. Se trata de ponderación que ha de realizar el Juez en cada caso, según su buen criterio y máximas de la experiencia, rechazando por Providencia cualquier intento de fraude en tal sentido.

C) Coerción o multas compulsivas para obtener la manifestación

En dicho requerimiento se *apercibirá al demandado de incurrir en delito de desobediencia grave* para el caso de no presentar la relación de bienes, incluir en ella bienes que no son de su propiedad, que excluya bienes propios susceptibles de embargo o los oculte o no desvele las cargas y gravámenes que pesen sobre ellos. O sea, cualquier forma de conducta de mala fe, de ocultamiento o alteración de la realidad patrimonial que tiene el ejecutado, efectuada, claramente, con la finalidad de hacer ilusorios los derechos de crédito del ejecutante.

También podrá el Juzgado requirente imponer multas coercitivas periódicas al ejecutado que no respondiere debidamente al requerimiento mencionado, fijándose la cuantía de las multas en atención a la cuantía de la ejecución, la resistencia a presentar la

relación y la capacidad económica del deudor, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto dicho apremio económico en atención a la ulterior conducta del ejecutado y a las alegaciones que pudiera efectuar para justificarse.

Como pudiera darse la curiosa circunstancia consistente en que se consiguiera el abono de las expresadas multas coercitivas y no el pago de la obligación objeto de la ejecución, de la suma ejecutada en definitiva, estimo que el precepto autoriza a condonar la multa impuesta y cobrada, así como, simultáneamente, a que el Juez de 1.^a Instancia ordene la traba de la referida cantidad cobrada judicialmente con la finalidad de que, al menos, perciba alguna cantidad de la deuda en ejecución el acreedor o ejecutante. Otra interpretación, posible por entender que tiene preferencia el Tesoro Público sobre la multa así obtenida, sería pese a ello cabalística y poco adecuada a la propia finalidad de la ejecución, así como a la tutela efectiva constitucionalmente exigida por nuestra Carta Magna.

D) Informaciones sobre solvencia de entidades y terceros

Los arts. 590 y 591 establecen, de una vez por todas, medios adecuados de investigación judicial del patrimonio del ejecutado, aclarándose convenientemente los problemas de interpretación antes existentes.

Estableciéndose expresamente su carácter *subsidiario* respecto de la propia aportación del acreedor, ya que se acordarán sólo cuando *el ejecutante no pudiera designar bienes suficientes en su demanda*. Deberá, pues, el ejecutante justificar motivadamente en su demanda ejecutiva la imposibilidad que tenga de designar bienes o derechos del ejecutado. Un claro ejemplo de dicha consideración puede ofrecerlo el contenido del Auto dictado por la Audiencia de Madrid (Sección 11.^a) el reciente 13 de noviembre del 2001 al indicar que «1.º Estimando la recurrente que la resolución impugnada había infringido lo establecido en el art. 1454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en la redacción del

mismo establecida por la Ley de 27-11-1997, en cuanto que establece que "En el supuesto de que el ejecutado no designare bienes o derechos suficientes sobre los que hacer la traba, el Juzgado acordará dirigirse a todo tipo de Registros públicos, organismos públicos y entidades financieras que indique el acreedor, a fin de que faciliten la relación de bienes o derechos del deudor de que tengan constancia. En particular, si así se solicitare, el Juzgado recabará tal información de la correspondiente autoridad tributaria o de la Seguridad Social", es lo cierto que procede analizar la aplicabilidad y eficacia en el supuesto contemplado de dicha disposición, no sin recordar que, de forma genérica, el párrafo primero del art. 921 de dicha Ley Procesal Civil remite a las reglas del juicio ejecutivo para la ejecución de las Sentencias condenatorias dinerarias dictadas en los juicios declarativos, regla reiterada en dicha remisión por los arts. 922 de dicha Ley y 68 del Decreto de 21-11-1952. 2.º) Partiendo de la referida remisión, y de la aplicabilidad al caso de las reglas del apremio y del juicio ejecutivo, es lo cierto que la redacción existente a la fecha de la solicitud de información tributaria ha de estimarse prevalente sobre la norma del art. 113.1-h) de la Ley General Tributaria, en la redacción dada al mismo por la posterior Ley del 26-2-1998, en tanto que la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial del art. 24 de la Constitución hace que deba interpretarse la norma procesal, en combinación con la norma tributaria, en el sentido de entenderse que la información obrante en la Administración Tributaria, con la pertinente salvaguardia de los datos ajenos a la propia solvencia del deudor, puede interesarse en casos como el aquí contemplado en el que no se adivina cuál sea la posible fuente o medio de conocimiento anterior a la información pedida al Juzgado de 1.^a Instancia "a quo" ante el mismo desconocimiento del domicilio de la demandada, so pena de quedar ilusoria e ineficaz la tutela judicial constitucionalmente otorgada a los titulares de créditos judicialmente declarados en Sentencia firme. Procede, pues, dar lugar al recurso y a la solicitud formulada en la instancia, siendo el antedicho el fundamento de la misma solicitud que se curse a la Hacienda Pública».

Por Providencia, el Juzgado acordará a instancias del ejecutante *dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes y derechos del ejecutado de los que tengan constancia*. La solicitud del ejecutante habrá de justificar sucintamente las razones por las que estima que la entidad, organismo, registro o persona dispone de información sobre el patrimonio del ejecutado, no reclamándose por el Juzgado cuando el ejecutante pudiera obtener los datos por sí o a través de su Procurador. Tal consideración no siempre será sencilla ya que no puede olvidarse que el acceso a los registros públicos está condicionado a la calidad de interesado (arts. 35 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992) y a la legislación de protección de datos de carácter personal, llegando a negarse en la práctica la información de algunos de ellos (Catastro de fincas, por ejemplo) no facilitándose, por regla general, información alguna a los particulares o empresas en entidades bancarias o financieras, entre otras razones, por el secreto bancario.

Además, *se establece el deber general de colaboración de todas las personas y entidades públicas y privadas* en la ejecución, así como de entregar al Juzgado cuantos documentos y datos tengan en su poder, con el único límite del respeto a los derechos fundamentales o a los establecidos por las leyes.

En el caso de *resistencia* a prestar dicha colaboración, previa audiencia de los interesados, podrá imponer *multas coercitivas periódicas a las personas y entidades* que no colaboren, estándose a lo establecido en el art. 589.3 previsto para la manifestación de bienes por el ejecutado. El Juzgado *garantizará la confidencialidad de los datos ajenos a los fines de la investigación*, debiendo expurgarlos o extraerlos de los documentos remitidos que los incluyan al no afectar al debate de la ejecución y afectar a derechos ajenos a la misma ejecución de bienes y derechos del deudor ejecutado.

Como consideraciones complementarias a lo anteriormente expuesto, se ha de estimar que las disposiciones comentadas sustituyen en su integridad al régimen precedente, así como a lo estable-

cido en el art. 113 de la Ley General Tributaria en lo relativo a la obligatoriedad contenida en su apartado 1, letra h), de dicha Ley en tanto que exigía la individualizada motivación judicial de la resolución acordando la necesidad de recabar datos de la Administración Tributaria, tratándose de precepto modificado por la Ley del 9 de diciembre de 1998, al estimarse prevalente la no exigencia de dicha justificación en la nueva LEC 1/2000 por la simple aplicación de las normas civiles sobre derogación tácita contenidas en el art. 2.2 del Código Civil. Esta interpretación se considera la única ajustada a la hermenéutica interpretativa de las referidas disposiciones legales sucesivamente vigentes, ya que la añadida exigencia de haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derechos del deudor sí viene a mantenerse en la LEC 1/2000 al disponer el párrafo primero del art. 590 ya citado que la información se solicitará por el Juzgado de 1.^a Instancia a instancias del ejecutante que no pudiere designar bienes suficientes del ejecutado y, su párrafo segundo, que no se reclamarán los datos cuando el ejecutante pudiera obtenerlos por sí mismo o a través de su Procurador, destacándose así el carácter subsidiario prevalente de la información a la Agencia Tributaria y a la Seguridad Social.

E) Posibilidad de medidas de investigación sin audiencia del deudor

Al tratar del contenido obligatorio del Auto despachando la ejecución la nueva LEC 1/2000, en el párrafo segundo de su art. 582, permite, cuando se trate de la ejecución de títulos extrajudiciales (antiguo juicio ejecutivo de la LEC de 1881) ,la práctica del embargo sin necesidad de previo requerimiento de pago alguno al deudor si no se encontrare al ejecutado en el domicilio que conste en el título ejecutivo, sin perjuicio del posterior requerimiento efectuado con arreglo a las normas de los actos de comunicación establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con tal premisa, resulta clara la posibilidad de interesar la investigación aun antes de la oposición del deudor demandado en la

ejecución, remitiéndose los correspondientes oficios con tal finalidad sin que haya habido posibilidad de contradicción del ejecutado. La finalidad de la disposición estriba en impedir la posible insolvencia del deudor y, en definitiva, la frustración de las expectativas de cobro del acreedor.

2. *Terceros ocupantes*

A) *Audiencia previa y desalojo de los mismos*

Regula la LEC 1/2000 la cuestión en dos apartados que han de interpretarse conjuntamente, a saber, el art. 675 incardinado en el procedimiento de apremio de bienes inmuebles y, en concreto, al referirse a la diligencia de posesión judicial y de ocupantes del inmueble objeto de la realización forzosa y en los complementarios arts. 703 y 704 de la misma al tratar de la ejecución por deberes de entregar cosas, concretamente a la entrega de bienes inmuebles y a los ocupantes de inmuebles que deban entregarse.

Puede configurarse, sintéticamente, la situación de los terceros ocupantes con las siguientes notas características que se desarrollan en éste y en los siguientes apartados: audiencia previa y desalojo de los ocupantes, anuncio de la situación posesoria del inmueble enajenado, carácter expeditivo del desalojo de los terceros sin título y posibilidad de ulterior procedimiento declarativo a instar tras la decisión ejecutiva del Juez de 1.^a Instancia competente para sustanciar la ejecución consistente en la entrega de inmuebles a los ejecutantes.

El precedente de la novísima regulación viene a estar constituido por el verdadero giro copernicano dado en la cuestión por la doctrina del Tribunal Constitucional al modificar una anterior doctrina sobre la necesidad que tenía el ejecutante de acudir al juicio declarativo para acreditar la posible existencia de fraude en el otorgamiento del título posesorio de los terceros ocupantes. La referida mutación doctrinal se ha recogido en el Auto dictado por

la Sección 11.^a de la Audiencia de Madrid de 4 de mayo de 1999 al indicarse en dicha resolución que:

«1.º) Del examen de los testimonios de particulares remitidos a la Sala para sustanciar el recurso de apelación planteado se comprueba que la impugnación dimana del juicio de cognición 442/1989 de arrendamientos rústicos sustanciado en el Juzgado "a quo" en virtud de demanda presentada en su día por Don J. A. C. M. contra el Patrimonio Nacional, representado y defendido por el Abogado del Estado, sobre adquisición forzosa a favor del primero de la finca poseída como arrendatario por el primero denominada "Huerta del Desaguadero" en El Pardo (Madrid). En dicho procedimiento se dictó con fecha 1-10-1990 Sentencia, hoy firme y ejecutoria en virtud de la posteriormente dictada por ésta misma Sala el 23-2-1993 confirmándola en su integridad, en la que se desestimó la acción ejercitada y, estimándose parcialmente la reconvención formulada por la defensa del Estado, se declaró resuelto el contrato de arrendamiento suscrito en su día entre los litigantes. Iniciado ya el trámite ejecutorio a solicitud de la Abogacía del Estado, habiéndose requerido al condenado para el desalojo voluntario de la finca por él ocupada y que fue objeto del litigio acabado de mencionar, por escrito del 17-2-1996 se personaron en las actuaciones Don A. y Doña C. C. R. en su condición de herederos de la esposa del condenado al desalojo de la finca. 2.º) Como la denegación de la personación discutida tuvo lugar inicialmente por la Providencia dictada el 14-3-1996, resolución confirmada por el anterior Auto no apelado del 27-6-1996 —que fue objeto de nueva o segunda reposición en contra de lo establecido al respecto en el art. 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— no puede sino concluirse en la firmeza, ejecutoridad y carácter de consentida de la Providencia denegatoria de la personación referida en conformidad con lo que se establece en el art. 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pese a la tramitación de la segunda reposición contra el mismo pronunciamiento desestimatorio ya confirmado que, no apelado en su momento, ha de entenderse consentido a tenor de lo señalado anteriormente. Además, en todo caso, no procede a declarar la nulidad de las actuaciones interesada respecto de Sentencia firme y ejecutoria acordando el desalojo de

la finca rústica o explotación agropecuaria en cuestión en tanto que la Ley de 4-12-1997 –que modificó el art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial– no tiene carácter retroactivo (Disposición Transitoria 1.ª de la misma en relación con el art. 2.3 del Código Civil) sin que, por lo tanto, sea impugnabile en el momento del planteamiento de la no llamada al juicio de los personados la posible nulidad de la misma con base en el referido posterior introducido precepto creador del incidente de nulidad a plantear contra una Sentencia definitiva, no pudiéndose discutir, de nuevo, las cuestiones ya debatidas con carácter firme y ejecutorio con anterioridad y sin que, en todo caso y a mayor abundamiento, exista riesgo alguno de indefensión respecto de los causahabientes del propio condenado, que traen causa del mismo en su integridad y no ostentan derechos de carácter autónomo en cuanto al desalojo de la referida finca, habiendo tenido conocimiento de su existencia y sin que, pese a ello, se personaran en el juicio hasta el inapropiado y pasado momento procesal en el que lo hicieron. En cuanto al lanzamiento y a la presencia en la finca de personas diferentes al condenado al desalojo, este Tribunal indicó en su Auto del pasado 2-2-1999 que "En relación con los arts. 919, 923, 1596 y 1599 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citados como infringidos por la recurrente ya en la primera instancia, procede recordar que, ciertamente, la regla general es que las resoluciones judiciales de todo tipo sólo pueden ser objeto de ejecución sobre la persona que fue parte en el juicio seguido y en el que recayó decisión judicial firme en su contra, procediéndose a la desposesión o lanzamiento del demandado en el mismo y no pudiéndose extender los efectos de la ejecución a terceros que no hayan sido parte, y por lo tanto oídos, en el proceso de que se trate y que traiga consigo un pronunciamiento de privación de la posesión del inmueble en cuestión. Pero, además de tal principio y en evitación de claros, posibles y fácilmente imaginables maniobras fraudulentas realizadas por los ocupantes realmente demandados y traídos al proceso, ya es doctrina sentada de antiguo por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo la consistente en que tal principio general cede en los casos en los que se acredite adecuadamente y sin duda que el o los ocupantes no demandados en el juicio en cuestión posean el inmueble en virtud de un título que haya sido

declarado nulo en la sentencia, así como en el caso en el que los terceros ocupantes traigan causa del condenado en la sentencia" (Sentencia del 26-9-1950, así como la del 13-6-1977 citada erróneamente como del 3-6-1977 en la página 240 de la obra de Miguel Ángel FERNÁNDEZ "El proceso de ejecución", publicada en Barcelona en el año 1982, así como en la página 182 del libro de Jesús SOLCHAGA LOITEGUI "El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles", publicado en Pamplona en 1986). La doctrina más reciente (así en el libro de Just FRANCO ARIAS "El procedimiento de apremio", páginas 268 y siguientes, publicado en Barcelona en 1987) estima contundentemente que "La puesta en posesión del adquirente en ejecución debe producirse tanto si el bien se halla en poder del ejecutado como de un tercero, salvo que la posesión del tercero esté amparada en la existencia de un derecho al que se le haya reconocido su subsistencia en la propia ejecución. En otro caso se propicia la realización de maniobras en fraude del adquirente en la ejecución. Los terceros podrán acudir en defensa de sus derechos al correspondiente juicio declarativo", terminando por apuntar, asimismo y de conformidad con lo establecido por el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que "Cualquiera que sea la postura que se adopte respecto a los terceros poseedores (lanzamiento o permanencia en la posesión) cuando el título en que se apoya el tercero para oponerse a la entrega de la posesión al adquirente en la ejecución se haya constituido con manifiesto abuso de derecho o entrañe fraude de ley procede que el Juez ordene el lanzamiento mediante resolución motivada". Recientemente el Catedrático de Derecho Procesal Santiago ORTIZ NAVACERRADA (páginas 80 y siguientes, así como 85 y siguientes de su obra "La Oposición a la Ejecución Civil: Estudio Jurisprudencial", publicado en el año 1994 en Madrid) participa de la misma opinión, sobre todo cuando el título aducido por los ocupantes sea de fecha posterior al que dió lugar a la ejecución "si no se quiere favorecer las connivencias y fraudes de toda especie y sumir al acreedor ejecutante en total indefensión o en dificultades de muy costosa y quizá pírrica superación... sin perjuicio de que pueda partir de ellos –los terceros– una iniciativa alegatoria y probatoria en pro de la corrección y eficacia de la adquisición mínimamente entorpecedora de la ejecución". Por

último, en el mismo sentido, el Prof. TOMÉ PAULE ("Entresijos y defectos del derecho de ejecución", página 107, publicado en el año 1977 en Santiago de Compostela) ha entendido que "la Ley de Enjuiciamiento Civil es defectuosa en cuanto a la regulación de la entrega de los bienes al adquirente" proponiendo la introducción de una regla consistente en que "Si los bienes son inmuebles y estuvieran ocupados por el ejecutado, sus herederos, personas que traigan causa de los mismos o por cualquier otro ocupante que haya sido citado en el procedimiento, se les requerirá para la entrega en los plazos y forma prevista para el juicio de desahucio, procediéndose al lanzamiento judicial en caso de incumplimiento". Respecto al procedimiento sumario de ejecución hipotecaria del art. 131 de la Ley Hipotecaria las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional de 2 y 27-10, 4 y 15-12-1997 y de 24-2-1998 han indicado que "La perspectiva constitucional se construye a establecer de modo general las consecuencias de la ejecución respecto del derecho a la defensa de todos los interesados, dejando los problemas concretos de legalidad al margen de nuestra consideración y enteramente a disposición de los Tribunales que sobre ellos tienen exclusiva competencia, así también, entre otras, de la propia STC 69/1995 (fundamento jurídico 4.º) o la 8/1991 (fundamento jurídico 2.º). Porque será en el examen de cada caso donde el órgano judicial competente podrá apreciar, según las singulares características de la situación posesoria, si ésta debe subsistir. De lo cual resultará si es el poseedor o bien el ejecutante quien haya de acudir al ulterior juicio en garantía de sus derechos". En efecto, pese a lo que pudiera desprenderse de las Sentencias TC 6/1992 y 21/1995, aquella decisión no rebasa el ámbito de la legalidad en cuanto limitada en cada caso a la peculiar situación jurídica de los terceros poseedores que permita apreciar si, según sus caracteres, el título alegado debe determinar la subsistencia de la posesión en tanto la cuestión se decida en el juicio correspondiente. Y el proceso de la Ley Hipotecaria no impide que los poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y ulterior lanzamiento, puedan exhibir un título cuya eficacia sólo a efectos de la ejecución habrá de valorar el Juez, pero sí se opone, por su propia naturaleza, a que en el mismo proceso se agregue como apéndice final otro procedimiento

contradictorio no previsto en la Ley. En consecuencia, para la vulneración del art. 24.1 no podría bastar con la consideración formulada acerca de la eventual posición más o menos desventajosa del poseedor en un ulterior proceso, sino que para ello habría de quedar en una situación de material indefensión (STC 8/1997, con cita de la 48/1984) que no se produce si, al tener conocimiento de la ejecución mediante los obligados requerimientos, tiene la posibilidad de aducir la existencia de un derecho que en apariencia pueda subsistir. Sexto. En suma, y teniendo en cuenta las precisiones anteriores, hemos de afirmar una vez más que la remisión efectuada por el art. 132 LH al proceso declarativo correspondiente para ventilar "todas las demás reclamaciones que puedan formular así el deudor como los terceros poseedores y demás interesados" proporciona desde el punto de vista constitucional un instrumento de defensa general a las partes a "todos los interesados" sin exclusión alguna, cualquiera que sea su posición y los títulos de su situación posesoria, con el que debe entenderse en general suficientemente garantizado el derecho de defensa de todos ellos. Y tal es la cuestión de constitucionalidad que únicamente compete a este Tribunal, es decir, la de si los órganos judiciales en la tramitación de aquel procedimiento, se han pronunciado sobre esa posibilidad de defensa. Más la decisión en cada una de las situaciones posesorias como cuestión de legalidad, habrá de acordarse por el Juez o Tribunal estableciendo si ha de hacerse efectivo el lanzamiento en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, o bien si, por constatar que existe un título que resulta suficiente para amparar la continuidad de su situación posesoria, aquella diligencia no debe llevarse a cabo. Debemos por todo ello declarar que el procedimiento de ejecución (llamado sumario) de los arts. 131 y 132 LH no se opone al art. 24.1 CE, porque, como siempre hemos venido diciendo, en términos generales "queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos" (STC 217/1993) y singularmente por cuanto las diligencias de requerimiento de desalojo y de lanzamiento otorgan a los poseedores la posibilidad de alegar un derecho que en su caso pueda tener fuerza para enervarlas y que, en cuanto determine una decisión fundada del órgano jurisdiccional adoptada en el ámbito de la legalidad ordinaria, no es

susceptible de revisión por este Tribunal. Séptimo. Procede, pues, en este caso la desestimación del amparo por cuanto el recurso se fundaba en la lesión del derecho a la tutela sin indefensión del arrendatario recurrente. Y sin entrar en consideración alguna acerca de un eventual otorgamiento del alegado contrato arrendaticio en fraude de ley (cuestión de legalidad sobre la cual los órganos de la jurisdicción no han emitido juicio), la consideración de que la ahora demandante pudo intervenir en las diligencias de ejecución lleva a esa consecuencia. Su impugnación se dirigió contra la diligencia que ordenó el desalojo e implícitamente contra la providencia que acordó el requerimiento y el auto de la audiencia que, habiendo revocado el del Juez, así lo resolvió. Mas, como de las actuaciones resulta, aquel requerimiento no tuvo lugar ni a espaldas de los poseedores ni sin que tuvieran ocasión de exhibir lo que en su opinión constituía título bastante para oponerse a la solicitud del adjudicatario de la finca en la subasta. Diligencias que se dilataron en el tiempo puesto que, acordada la puesta en posesión de la finca y revocada luego esta decisión por el Juez al alegarse la existencia de un contrato arrendaticio, finalmente fue de nuevo acordada por la Audiencia y aún esta orden se demoró hasta que los arrendatarios ocupantes fueron señalados por el arrendador. De suerte que los órganos judiciales tras conocer el título posesorio (tal como había acaecido en el supuesto de la STC 64/1985), se pronunciaron fundamentadamente en el plano de la legalidad acerca de la eficacia del mismo para enervar la desposesión con el alcance provisorio que a estas diligencias correspondía y sin perjuicio, obviamente, de la defensa en el juicio correspondiente de la integridad de los derechos que resulten de aquel título". La citada Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo del 13-6-1977 estableció, literalmente (páginas 605 y siguientes del Tomo de Jurisprudencia Civil de la Colección Legislativa de España correspondiente a los meses de mayo y junio de 1977), que "sin que por otra parte, y atendiendo al denominador genérico de la denuncia, pueda ésta tener opción alguna de prosperar, puesto que lo impugnado como excedente de la ejecutoria que se pretende viene en un todo a coincidir con ella para lograr su real efectividad, *máxime cuando la situación que se alega trae causa de un acto declarado nulo con nulidad radical y absoluta que*

ningún efecto produce y que se hace por el Juzgador de instancia, expresa reserva de los derechos que puedan corresponder a quienes con base en aquélla figuran como terceros ocupantes de uno de los inmuebles discutidos, para ejercitarlos en el correspondiente juicio declarativo ordinario". La anterior Sentencia del 26-9-1950, asimismo, indicó que, en aplicación del art. 1515 de la Ley de Enjuiciamiento Civil referente a la posesión a favor del rematante comprador, procederá el lanzamiento del ocupante si fuere el propio ejecutado o traía causa del mismo. Deberá, pues, valorarse en la instancia la expuesta circunstancia consistente en apreciar fundadamente y en resolución motivada, inclusive —a criterio del Juez de la ejecución— sustanciando uno de los incidentes expuestos en el art. 744 en relación con el 745.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si los actuales ocupantes de la finca cuyo desahucio se ha acordado firmemente respecto del anterior arrendatario ocupante traen causa de éste u ocupan sin título alguno o con él, así como si se trata de posesión ilícita no constitutiva ni de precario, pudiendo llegar al propio lanzamiento de los terceros ocupantes en el caso de que su título sea insuficiente o inexistente, exista mala fe en la ocupación, abuso de derecho o fraude de ley, permitiéndoles, en todo caso, las correspondientes alegaciones antes de la decisión que se adopte sobre el lanzamiento interesado, revocándose en dicho sentido la resolución impugnada y estimándose el recurso formulado. Puede, inclusive, acordar el lanzamiento directamente de los ocupantes, una vez exhibido el título u oídos, de entender que su derecho debe ventilarse en procedimiento declarativo ulterior sin ser suficiente para entorpecer ni suspender la ejecución de que se trata».

Respecto de la referida exigencia de previa audiencia de los terceros ocupantes, antes de que el Juez de 1.^a Instancia competente para la ejecución adopte decisión alguna al respecto, se ha de tener en cuenta que el art. 675 y el art. 704 prevén conjuntamente tal exigencia al establecer que, salvo en el caso del art. 661.2, referido a la posibilidad de desalojo previo de terceros ocupantes antes del mismo anuncio de la subasta del inmueble o inmuebles objeto de la ejecución, la petición de lanzamiento o desalojo realizada antes

del transcurso de un año desde la adquisición del inmueble por el rematante o adjudicatario se comunicará a los ocupantes del mismo indicados por dicho adquirente en su solicitud, citándoles a una vista subsiguiente en el plazo de diez días para que en ella puedan alegar y probar lo que estimen conveniente sobre su situación, debiendo practicarse en ella todas las pruebas de las que intenten valerse en defensa de sus pretensiones de ocupación con título suficiente para ello, fundamentalmente la aportación de los documentos que amparen el título válido esgrimido para dicha ocupación (normalmente el arrendamiento), así como los recibos de pago o transferencias de la renta satisfecha a la propiedad.

B) Anuncio de la situación posesoria del inmueble enajenado

Si consta en el proceso de ejecución respecto de inmuebles la existencia de terceros ocupantes del inmueble objeto de la ejecución, se les notificará la existencia de la ejecución para que, en el plazo que se les conceda por el Juzgado, presenten los títulos que justifiquen la situación, expresándose en el anuncio de la subasta con detalle la situación posesoria del inmueble o que se encuentra desocupado si se acreditaré al Juzgado.

Es en este momento cuando el ejecutante puede hacer uso de la facultad expresada al efecto en el art. 661.2 de la LEC 1/2000, interesando el lanzamiento antes de anunciarse la subasta con declaración de falta de derecho del ocupante para ocupar el inmueble ejecutado. La sustanciación de la expuesta petición se hará conforme a la vista antes referida en el art. 675, siendo irrecorrible el Auto que se dicte decidiendo la cuestión.

C) Carácter expeditivo del desalojo de los terceros sin título

Se pondrá en posesión del inmueble al adquirente, si lo pide. Si está ocupado, el adquirente puede pedir al Juzgado que acuerde

el lanzamiento de los ocupantes *de hecho o sin título*, debiendo pedirse en el plazo de 1 año ya que, con posterioridad, sólo puede solicitarse en juicio declarativo. Dicha solicitud se les notificará a los ocupantes, con una vista en la que pueden alegar y probar lo que estimen conveniente y, por medio de un *Auto sin ulterior recurso*, resolverá sobre el lanzamiento que se acordará si los ocupantes no comparecen sin justa causa.

D) Procedimiento declarativo ulterior

Dicho Auto permite a los ocupantes acudir al juicio declarativo correspondiente en defensa de sus derechos en los casos en los que el Juez de 1.ª Instancia decida sobre la desocupación o lanzamiento del inmueble ocupado en la propia ejecución y dentro del incidente antes referido, habiéndose producido, con anterioridad, el lanzamiento rápido del inmueble en cuestión.

LA TERCERÍA DE DOMINIO.
LA TERCERÍA DE MEJOR DERECHO

José Alberto Revilla González
Profesor Titular de Derecho Procesal.
Universidad Autónoma de Madrid

LA TERCERÍA DE DOMINIO. LA TERCERÍA DE MEJOR DERECHO

SUMARIO: LA TERCERÍA DE DOMINIO. I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA Y OBJETO DE LA TERCERÍA DE DOMINIO. III. COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE LA TERCERÍA. 1. La tercería como incidencia en el proceso principal. 2. Competencia en materia de tercerías relativas a embargos practicados en apremios administrativos. IV. LAS PARTES PROCESALES. 1. El demandante-tercerista. A) La condición de tercero del demandante de tercería. B) Distinta personalidad jurídica de ejecutado y tercerista. La teoría del "levantamiento del velo". C) El cónyuge como tercero legitimado en el embargo de bienes gananciales. 2. La parte pasiva en la tercería. A) Necesidad de dirigir la demanda frente al acreedor. B) Supuestos en que ha de dirigirse también frente al ejecutado. C) Posibilidad de intervención del ejecutado. V. TÍTULO DEL TERCERISTA. 1. El principio de prueba por escrito. 2. Rechazo de plano de la tercería a la que no se acompañe el principio de prueba exigido. 3. La suficiencia del principio de prueba presentado. VI. LA OPORTUNIDAD TEMPORAL PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA. 1. Posibilidad de interposición desde el momento del embargo del bien. 2. El momento final preclusivo. VII. EL

PROCEDIMIENTO DE TERCERÍA. 1. Sustanciación por los trámites del juicio ordinario. 2. Especialidades procedimentales. A) La exigencia de caución para admisión de la demanda. a) Caución en dinero efectivo, y otros medios alternativos de garantía. b) Cuantía de la caución. c) Falta de acreditación de la caución constituida. Posibilidades de subsanación. B) La falta de contestación a la demanda como admisión de los hechos alegados. C) Resolución por medio de auto. VIII. RESOLUCIÓN Y EFECTOS. 1. Resolución sobre la tercería. 2. Efectos de la tercería. A) Efectos de la admisión. B) Efectos de la resolución. C) Prohibición de segundas o ulteriores tercerías. LA TERCERÍA DE MEJOR DERECHO. I. INTRODUCCIÓN. II. OPORTUNIDAD TEMPORAL PARA EL EJERCICIO DE LA TERCERÍA. 1. "Dies a quo" para el ejercicio de la tercería de mejor derecho. 2. "Dies ad quem" para formular la tercería de mejor derecho. III. EL PROCEDIMIENTO DE TERCERÍA DE MEJOR DERECHO. 1. Cauce procesal. 2. Acompañamiento de un principio de prueba con la demanda. 3. Legitimación pasiva y litisconsorcio. 4. Efectos de la no contestación. 5. Allanamiento y desistimiento del ejecutante. 6. Intervención del tercerista en el proceso de ejecución. 7. Resolución de la tercería. Existencia del privilegio y orden en que los créditos han de ser satisfechos. 8. Las costas.

LA TERCERÍA DE DOMINIO

I. INTRODUCCIÓN

La tercería de dominio ha sido tradicionalmente una figura de asiduo uso en nuestro sistema procesal, motivado por las características que han rodeado el embargo de bienes y derechos, que ha complicado el descubrimiento de elementos patrimoniales del deudor sobre los que realizar la traba. La inexistencia histórica de obli-

gaciones procesales que impusiesen al deudor un comportamiento activo en la manifestación de los bienes que posee, ha hecho que el embargo se lleve a cabo por simples apariencias externas de titularidad, impidiendo extraordinariamente la eficacia de los embargos y llevando, en ocasiones, a la afectación de bienes de titularidad ajena (1). Situación que provocaba la actuación de esos terceros que afirman la titularidad de un derecho de dominio sobre la cosa embargada, defendiendo sus derechos patrimoniales a fin de lograr el alzamiento del embargo y separar dichos bienes de la ejecución.

Las tercerías aparecen reguladas por primera vez en nuestro Derecho en la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 24 de junio de 1830 y, posteriormente, en la Instrucción del procedimiento civil del Marqués de Gerona de 30 de septiembre de 1835. Derogada esta Instrucción por Decreto de 18 de agosto de 1854, vuelven a regularse las tercerías en los arts. 995 a 1000 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, pasando posteriormente su regulación a la Ley de Enjuiciamiento de 1881, que ordenó conjuntamente las tercerías de dominio y mejor derecho (arts. 1532 a 1543), dándoles similar tratamiento procesal, aun cuando sean instituciones con una diferente esencia jurídica. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 regula igualmente las tercerías, pero con una sistemática y sentido diferente. Sistemáticamente su regulación se separa del juicio ejecutivo, y las tercerías de dominio y mejor derecho dejan de constituir un conjunto normativo común, para regularse dentro de cada uno de los actos procesales a los que resultan afectos: la tercería de dominio al acto del embargo, y la tercería de mejor derecho al acto de pago al ejecutante (2).

(1) Ello, cuando no se malogra la posibilidad misma del embargo. Pues, como señala ASENSIO MELLADO, la inexistencia de obligaciones procesales se deja sentir de forma notable en el proceso de ejecución, lo que conduce a la grave situación, en la mayoría de las ocasiones, de la frustración de los fines perseguidos por el embargo, así como de la ineficacia del propio proceso de ejecución (ASENSIO MELLADO, J. M.: *Prólogo* a la obra de OCHOA MONZÓ, V.: *La localización de bienes en el embargo*, Barcelona, Bosch, 1997, pág. 10).

(2) Cfr. Informe del Consejo General del Poder al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, pág. 300.

Por lo que respecta a su sentido, y en relación con la tercería de dominio, la propia Exposición de Motivos de la LEC viene a señalar que "no se concibe ya como un proceso definitorio del dominio y con el efecto secundario de alzamiento del embargo del bien objeto de tercería, sino como incidente, en sentido estricto, de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafectación o el mantenimiento del embargo".

II. NATURALEZA Y OBJETO DE LA TERCERÍA DE DOMINIO

La tercería de dominio ha sido definida como la "vía de reclamación que procede cuando se han embargado, como de propiedad del deudor, bienes o derechos que no le pertenecen, ora sea embargo ejecutivo, ora preventivo, sino que son del tercero actuante que, por lo pronto, experimenta un menoscabo jurídico y económico, más o menos considerable, a pesar de no ser deudor" (3).

La tradicional idea del ejercicio por parte de ese tercero de un pretendido derecho dominical llevó a plantearse el tema de la verdadera naturaleza de la tercería de dominio, deslindándola de figuras jurídicas que por cierta afinidad conceptual han servido para calificar a la tercería de dominio. Así, se ha hablado de la tercería como un supuesto de intervención principal, como un incidente dentro del proceso de ejecución, o se la ha asimilado a una acción declarativa del dominio o a una acción reivindicatoria. Si bien, no han faltado estudios que con rigor técnico han buscado la propia naturaleza y función de la tercería de dominio, negando su identidad con esas otras calificaciones que se le han ido dando (4).

Una inicial línea jurisprudencial estableció una plena vinculación entre la tercería de dominio y la acción reivindicatoria,

(3) PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2.^a ed., t. II, Pamplona, Aranzadi, pág. 752.

(4) Así, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: *La tercería de dominio*, Madrid, Montecorvo, 1980; IDEM, "Naturaleza y función de la tercería de dominio", en *Ejecución de sentencias Civiles*, Madrid, CGPJ, 1992, págs. 292 y ss.

entendiendo que las demandas de tercería suponían el ejercicio de una acción reivindicatoria, en cuanto iban encaminada a la restitución, a quien la promueve, de los bienes embargados, y para su éxito debía justificar el dominio de la cosa mediante un legítimo título que lo acredite (5). La exigencia del art. 1532 de la LEC de 1881, que establece que la tercería habrá de fundarse "en el dominio de los bienes embargados al deudor", unido a lo dispuesto en el art. 1537 del mismo texto legal, que requiere que con la demanda "deberá presentarse el título en que se funde", llevó en un primer momento a establecer esa asimilación (6). Como señala MORENO CATENA, es la propia concepción legislativa de la tercería la que propició este error (7), que llevó al Tribunal Supremo a considerar que la tercería constituía el ejercicio de la acción reivindicatoria; y a exigir la necesidad de observar los mismos requisitos que para ésta, con la consecuencia de la desestimación de la demanda interpuesta por el tercerista si no se acreditaban tales requisitos.

Sin embargo, frente a esta concepción jurisprudencial alzó su crítica la doctrina, mostrando las diferencias entre acción reivindicatoria y tercería, y propiciando un abandono de las posturas anteriormente mantenidas (8). El propio Tribunal Supremo volvió sobre su propia doctrina, recogiendo esas diferencias y marcando una dirección en la que se han ido sucediendo posteriores sentencias, que han recalcado que la tercería no puede ser identificada con la acción reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, pues tiene por finalidad principal no ya la obtención o

(5) Vid. Ss. TS de 26 de marzo de 1930, 3 de junio de 1955, 28 de enero de 1964 y 21 de diciembre de 1965.

(6) Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, págs. 291-292.

(7) MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil* (con Cortés Domínguez y Gimeno Sendra), Madrid, Colex, 1996, pág. 494.

(8) Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: *La tercería de dominio...*, cit., págs. 87 y ss. Del mismo autor, "Naturaleza y función de la tercería de dominio...", cit., págs. 295 y ss; *Derecho procesal práctico* (con Rifá Soler y Valls Gombau), Madrid, 1992, págs. 777 y ss.

recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre él (9). Sentencias en que se apunta la función procesal de la tercería de dominio, que es la invalidación o ineficacia del embargo, o dicho en otras palabras, el alzamiento de la traba o revocación de la decisión judicial del embargo, con lo que su función es cambiar los efectos de la resolución judicial.

El art. 601 de la nueva LEC introduce una interesante novedad en la regulación de la tercería de dominio, en cuanto viene a fijar expresamente el objeto de ésta, señalándose que "en la tercería de dominio no se admitirá más pretensión del tercerista que la dirigida al alzamiento del embargo"; completándose dicha afirmación con lo expresado en el párrafo segundo de que "el ejecutante y, en su caso, el ejecutado no podrán pretender en la tercería sino el mantenimiento del embargo...". Lo que culmina esa evolución expuesta que, desgajándose de la identificación de la acción reivindicatoria con la tercería de dominio, señala claramente que la finalidad de ésta es la de liberar del embargo a los bienes indebidamente trabados. Por tanto, ni puede tener por objeto la recuperación de la cosa, ni la resolución que se dicte al estimar la tercería puede tener pronunciamiento alguno al respecto (10).

Como señala CACHÓN CADENAS, la idea fundamental que expresa el art. 601 es que no cabe acumular a la pretensión de alzamiento otras pretensiones. Con lo que ni cabe ejercitar con la tercería de dominio una acción reivindicatoria ni otras pretensiones encaminadas a obtener la entrega del bien, ni siquiera una acción declarativa del dominio sobre el bien al que la tercería se refiere (11). Si el demandante ejercitase una petición reivindicatoria de tal

(9) Vid. STS de 29 de octubre de 1984 (RA 5077), seguida por otras como las de 8 de mayo de 1986 (RA 2348); 19 de mayo de 1989 (RA 3778); 5 junio 1989 (RA 4291); 16 de febrero de 1990 (RA 692); 8 de octubre de 1990 (RA 7482); 18 diciembre de 1990 (RA 10283); 24 julio 1992 (RA 6453), 19 mayo 1997 (RA 3887); 16 de julio de 1997 (5610); 11 de marzo de 1998 (RA 1493).

(10) Cfr. arts. 603 y 604 de la LEC.

(11) CACHÓN CADENAS, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento* (Dir. A. M. Lorca Navarrete), t. III, Valladolid, Lex Nova, 2000, pág. 2.988.

tipo, habría que entender que sobrepasa en sus peticiones el ámbito objetivo y la finalidad de la tercería de dominio. Idea, no obstante, que suscita diferentes cuestiones.

Si bien, aun cuando la petición sea de alzamiento del embargo, ello no quiere decir que no pueda fundamentarse sobre el dominio de la cosa, y que el juez no pueda hacer un pronunciamiento en tal sentido. Pero lo será como apoyo que contiene la causa del alzamiento o mantenimiento del embargo trabado, sin que produzca efectos de cosa juzgada sobre la titularidad del bien (art. 603.1 LEC). Además, que la pretensión se dirija al alzamiento del embargo, no excluye la posibilidad de peticiones accesorias consubstanciales a dicho alzamiento (12). Siendo posible, por tanto, plantear aquellas peticiones complementarias de extinción de las medidas de aseguramiento del embargo, como puede ser la cancelación de la anotación preventiva en el registro correspondiente (13).

Además, hay que considerar que, siendo posible que la demanda de tercería se fundamente en la existencia de un derecho que se opone al embargo tal como ha sido realizado, la solicitud del tercerista se dirija no al alzamiento propiamente dicho, sino a la modificación del mismo, pues el art. 595.2 de la LEC legitima también para la interposición de la tercería a los titulares de derechos que puedan oponerse al embargo. Con lo que su petición quedará referida a que se deje a salvo dichos derechos en el embargo realizado (14).

Por lo que respecta al ejecutante y, en su caso, al ejecutado, señala la Ley (art. 601) que "no podrán pretender en la tercería sino el mantenimiento del embargo o sujeción a la ejecución del bien objeto de tercería". Afirmación que parece negar, implícitamente,

(12) Como señala MONTERO AROCA, el objeto de la tercería radica esencialmente en la petición de alzamiento del embargo sobre un bien concreto, siendo todo lo demás accesorio, bien porque hace referencia al motivo por el que se pide el alzamiento, bien porque se tratará de peticiones complementarias ("Los terceros en el proceso de ejecución...", cit., pág. 80).

(13) Vid. arts. 621 y ss. de la LEC, donde se regulan las garantías del embargo.

(14) Cfr. CACHÓN CADENAS, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento*, ..., cit., pág. 3.000.

la posibilidad de ejercicio de la reconvencción en las demandas de tercería. La doctrina del Tribunal Supremo había venido manteniendo que, en principio, en la tercería de dominio no cabe reconvencción, pues no es un proceso principal e independiente, sino un incidente dentro del proceso ejecutivo principal (15). Aunque se ha admitido tal posibilidad como vía para cuestionar la validez o eficacia del título del tercerista.

Ahora bien, que no se admita la reconvencción no quiere decir que se limiten las posibilidades defensivas del ejecutante y ejecutado, ni que se les prive de ciertas posibilidades de alegación en orden a atacar la validez y eficacia del título en que la tercería se sustenta (16). La idea general es que el demandado puede discutir el título del tercerista por vía de excepción (en sentido amplio) (17), sin necesidad de reconvencción, dada la finalidad propia de la tercería que es conseguir el alzamiento del embargo, limitándose tal declaración a lo resuelto en ese proceso.

Ciertamente, una de las oposiciones más frecuentes a la tercería es la de esgrimir la nulidad del título dominical en que se

(15) STS 19 de mayo de 1997 (RA 3887). Además de entender, lógicamente, que resulta inviable ejercer una acción reconvenccional de nulidad del contrato, cuando ello requiere la intervención litisconsorcial de todos y cada uno de los intervinientes en el contrato cuya nulidad expresa se solicita.

(16) Respecto del alcance de la oposición del demandado, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que en toda tercería de dominio la oposición del demandado a dicha tercería embebe todas las cuestiones por vía de excepción para oponerse a su contraparte, sin que se precise que reconvenga explícitamente a la acción entablada, ni se requiere que el demandado accione una pretensión autónoma (Ss. TS de 21 de junio de 1994, 19 de febrero de 1992, 22 de septiembre de 1991 y 10 de noviembre de 1987).

(17) Como señalara CHIOVENDA, el uso de la palabra excepción responde a tres sentidos distintos: uno amplísimo que comprende cualquier defensa del demandado, incluso la negación de la fundamentación de la demanda; otro más estricto que, sin considerar incluido lo que es la simple negación del hecho afirmado por el actor, comprende la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos de la pretensión; y otro más restringido aún, que comprende sólo la oposición de aquellos hechos que dan al demandado el poder jurídico de obstaculizar el triunfo de la pretensión (*Principios de Derecho Procesal*, t. I, (Trad. J. Casais), Madrid, ed. Reus, 1977, págs. 341-342).

apoya el tercerista, pero ello no necesita del ejercicio de una pretensión autónoma. Lo que el demandado hace es negar la idoneidad del título como fuente del derecho alegado por el tercerista, introduciendo en el debate nuevas circunstancias que impiden el acogimiento de la pretensión ejercitada por éste. Por tanto, si, como acertadamente señala DAMIÁN MORENO, la reconvencción constituye en sí misma el ejercicio de una pretensión nueva e independiente que se hace valer por el demandado (18), la alegación de hechos por el demandado cuya fuerza impeditiva acarree la desestimación de la demanda no constituye propiamente ejercicio de una reconvencción. En la mayoría de las ocasiones lo que se cuestiona es una simulación de contrato, transmisión fraudulenta y, en general, la falta de aquellos elementos esenciales que le dotan de eficacia jurídica para la producción de los efectos que le son propios. En consecuencia, en aquellos casos en los que el contrato presenta una falta total y absoluta de esos elementos que le hacen radicalmente ineficaz, o que, a pesar de su apariencia de contrato válido está privado de sus efectos jurídicos, el demandado puede discutir, oponiendo por vía de *excepción*, el título del tercerista.

Por último, en cuanto a la posibilidad de ejercicio de la tercería de dominio en la ejecución hipotecaria, que viene señalada en el art. 696 (recogiendo la previsión que se contenía anteriormente en el art. 132.2 de la Ley Hipotecaria respecto del procedimiento judicial en ella regulado [19]), su finalidad es claramente otra. Si en la regulación general de la tercería de dominio su objeto es el levantamiento del embargo, dicha finalidad debe ser convenientemente adaptada cuando del procedimiento de ejecución hipotecaria se trata. Pues, como señala MONTERO AROCA, la tercería no persigue aquí el alzamiento de un embargo que, por lo característico de este procedimiento no se ha

(18) DAMIÁN MORENO, J.: *La reconvencción en el proceso civil*, Madrid, Colex, 1993, pág. 12.

(19) Posibilidad también recogida en los arts. 85.3 y 93 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.

practicado (20), sino excluir determinados bienes del proceso de ejecución (21).

Los casos que podrían dar lugar a esta tercería son más bien supuestos de irregularidad, pero que, por excepcionales, no impide el que puedan darse. Así, podría tratarse de excluir de la ejecución la finca hipotecada en aquellos supuestos de doble inmatriculación en que la primera lo fuese con anterioridad a la constitución de la hipoteca que garantiza la deuda reclamada, o en el rarísimo caso en que, con infracción del principio de tracto sucesivo, el acto inscribible –la hipoteca– no derive de un titular inscrito (22). Además, puede darse la tercería en aquellos en que la ejecución pretenda llevarse a efecto sobre bienes muebles colocados en la finca hipotecada, pero que resulten excluidos de la hipoteca por aplicación del art. 111.1.º de la Ley Hipotecaria. Lo que será más fácilmente imaginable en el caso de bienes instalados en inmuebles gravados destinados a industria. Pues, si bien no es infrecuente que exista un pacto expreso de extensión incluido en la escritura de constitución de la hipoteca inmobiliaria, por la que ésta alcance a los elementos, maquinarias y muebles puestos sobre la finca gravada, que permitiría esa agregación en la ejecución del cúmulo de bienes hipotecados; puede darse que, pese a no constar inscrita la hipoteca respecto a esos bienes, se incluyesen en la ejecución hipotecaria. En tal caso, si esos objetos son propiedad de un tercero que los adquirió con anterioridad a la

(20) Salvo en los supuestos en que subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, en cuyo caso el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte, prosiguiendo la ejecución por las normas ordinarias aplicables a toda ejecución (art. 579 LEC).

(21) MONTERO AROCA, J.: *El nuevo proceso civil...*, cit., pág. 890.

(22) Señala, además, GARCÍA GARCÍA otros supuestos excepcionales que podrían dar lugar a la tercería, como el que se hubiere invertido el orden de despacho derivado del orden de presentación, inscribiéndose primero una hipoteca constituida por A, y después practicar la inscripción de una venta realizada por ese mismo A, presentada en el Registro antes que la hipoteca, pero despachada por error después (*El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Madrid, Civitas, 1994, págs. 341-342).

constitución de la hipoteca, podrá ejercitar la oportuna tercería de dominio con la finalidad, precisamente, de sustraerlos de la ejecución, dando lugar a una suspensión, que puede ser parcial, respecto a esos bienes muebles (art. 696.2 LEC) (23).

III. COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE LA TERCERÍA

1. La tercería como incidencia en el proceso principal

La tercería es concebida en la LEC como incidencia que trae su origen en el embargo practicado en un proceso principal, en la que va a discutirse si en el momento de decretarlo el demandante gozaba del dominio del bien o la titularidad de un derecho sobre el mismo que hace procedente su alzamiento. Consecuentemente, parte de la pendencia de ese proceso iniciado ante un concreto órgano judicial, para atribuir de modo derivado la competencia para el conocimiento de la tercería (24). Así, se atribuye funcionalmente en el art. 599 de la LEC al órgano que este conociendo de la ejecución, manteniéndose el criterio utilizado durante la vigencia de la Ley de 1881 (25).

No obstante, La ley deja carente de regulación específica el supuesto de una diversidad de embargos sobre el mismo bien, acordados en procedimientos distintos. Situación ante la que no parece lógico que deban seguirse una pluralidad de tercerías ante los distintos órganos. Lo que podrá en algunos casos evitarse si se hubiese acudido a la acumulación de ejecuciones en caso de que se sigan respecto del mismo ejecutado, con relación al mismo o a

(23) Sobre la extensión objetiva de la hipoteca a bienes muebles mediante pacto, véase SAAVEDRA MONTERO, E.: *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, Madrid, Dykinson, 1999, pág. 121.

(24) Se ha dicho, así, que la competencia en materia de tercerías es una competencia funcional (GONZÁLEZ GRANDA, P.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento*, (Dir. A. M. Lorca Navarrete), t. I., cit., pág. 581.

(25) Cfr. arts. 488, y 715.2, en relación con el art. 55 de la LEC de 1881.

varios ejecutantes (26). Pues, en tales casos, el órgano que tenga competencia para conocer del proceso ejecutivo acumulado, la tendrá también para conocer de las tercerías pendientes de resolución (27).

En lo tocante a la tercería en el caso de embargo preventivo (28), el art. 729.2 señala como órgano competente aquel que hubiere acordado dicho embargo. Criterio que, aunque reclamado en trámite de debate parlamentario (29), puede presentar algún inconveniente práctico. Si, como señala el art. 723 de la LEC, para conocer de las solicitudes relativas a medidas cautelares que se

(26) Posibilidad prevista en el art. 555 y que, tratándose de la acumulación en caso de identidad del ejecutado respecto de varios ejecutantes, se ha dicho que nos acercamos a un procedimiento concursal, sin que lo sea propiamente, ya que sólo pretende facilitar la satisfacción de los acreedores (ARMENTA DEU y otros, *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, Trivium, 2000, pág. 290).

(27) CACHÓN CADENAS, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento*, ..., cit., pág. 2.981.

(28) Cfr. art. 596.1 que consagra expresamente la posibilidad de acordar la tercería desde el momento en que se acuerde el embargo preventivo. Posibilidad que había sido ya admitida por la jurisprudencia.

(29) La enmienda núm. 516 del Grupo Socialista del Congreso al art. 601, proponía una nueva redacción al mismo, para prever expresamente esa competencia en el caso de embargos preventivos, añadiendo un párrafo a lo que era aquel artículo señalando que "Cuando se haya practicado embargo preventivo, es competente para conocer de la tercería de dominio, el órgano judicial que haya acordado el embargo, substanciándose por los trámites previstos en el apartado anterior". Considerando, como motivación, que "El art. 601 atribuye la competencia para conocer de la tercería al juez que conozca de la ejecución, sin embargo, de acuerdo con los arts. 598 y 731 del Proyecto de Ley, cabe que la tercería haya podido ser interpuesta para pedir el alzamiento de un embargo preventivo, y en este supuesto aún no hay un Juez que conozca de la ejecución. Por ello, en coherencia con el art. 598 y 731 es necesario prever una solución específica para esta hipótesis. En este supuesto, la solución más coherente es que fuese competente para conocer de la tercería de dominio el juez que acuerde el embargo preventivo.

(En igual sentido, la enmienda núm. 1.305 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) a los efectos de adicionar un nuevo párrafo en el art. 601, proponía la siguiente redacción: "...Cuando se haya practicado embargo preventivo, es competente para conocer de la tercería de dominio el órgano jurisdiccional que haya acordado el embargo, sustanciándose por los trámites previstos en el apartado anterior".

formulen durante la tramitación de la segunda instancia, o de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos (30), y no parece lógico que la competencia para resolver sobre las tercerías quede atribuida a dichos órganos (31).

2. Competencia en materia de tercerías relativas a embargos practicados en apremios administrativos

Aparte de esa incidencia nacida en el seno del proceso civil, es posible también la existencia de tercerías surgidas con motivo de embargos decretados en procedimientos administrativos de apremio, cuyo conocimiento se ha atribuido tradicionalmente a los órganos jurisdiccionales civiles (32). Para tales casos en que las tercerías de dominio se interpongan en relación con un procedimiento administrativo de apremio, se considera competente territorialmente al tribunal del domicilio del órgano que acordó el embargo, sin perjuicio de las especialidades previstas para las Administraciones Públicas en materia de competencia territorial (art. 52.1.15.º) (33). Regla que no aparecía en el texto del Anteproyecto de Ley de

(30) Vid. arts. 455, 468 y 478, respecto a la competencia para conocer de los recursos de apelación, infracción procesal y casación, respectivamente.

(31) De no demasiado acertada en la calificada la solución legislativa por CACHÓN CADENAS (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento*, t. III, cit., pág. 2.982).

(32) Respecto de las tercerías planteadas en relación con los bienes embargados en apremios administrativos, véanse los arts. 171 y 176 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por RD 1684/1990, de 20 de diciembre, modificado por RD 448/1995, de 24 de marzo; y 171 y ss. del Reglamento General de recaudación de los recursos del Sistema de Seguridad Social, aprobado por RD de 6 de octubre de 1995, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y el art. 128 de la Orden de 22 de febrero de 1996, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que desarrolla el Reglamento general de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social.

(33) Cfr. los trabajos de PEDRAZ PENALVA, E.: *Privilegios de las Administraciones Públicas en el Proceso Civil*, Madrid, Civitas, 1993; FONT SERRA,

Enjuiciamiento civil (en lo que fue el art. 48, que establecía la competencia territorial en casos especiales), y que fue posteriormente incorporada en el texto del Proyecto, en el art. 49.1.14.º.

Fuero de competencia territorial que deja a salvo las especialidades previstas para las administraciones públicas, que han de entenderse referidas a las prerrogativas procesales señaladas en el art. 15 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, que establece que para la resolución de los conflictos en que sea parte el Estado, los Organismos públicos o los órganos constitucionales, serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla (34).

Dicha Ley, declarada expresamente en vigor en el apartado 3, párrafo segundo, de la Disposición derogatoria única de la LEC, vino a reafirmar la pervivencia del fuero erarial, cuyo antecedente se remonta a lo establecido en la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial, de 14 de octubre de 1882, que fijaba en su art. 57 una excepción a las reglas de competencia territorial recogidas en la Ley de Enjuiciamiento (35). Privilegio estatal que ha tenido un discutido sentido en los actuales momentos, y sobre el que se

E.: *La competencia territorial en el proceso civil. Tratamiento procesal y jurisprudencia*, Barcelona, Cedecs, 1996; MORENO CATENA, V.: "La reforma de la competencia territorial en el proceso civil", en AA.VV.: *Comentarios sobre la reforma procesal (Ley 10/92, de 30 de abril)*, Oviedo, Forum.

(34) Fuero que ha de entenderse como uno de los de carácter imperativo a los que se hace referencia en el art. 54.1 de la LEC.

(35) Norma que arranca de una época en que la defensa de los intereses patrimoniales del Estado estaba encomendada a los Promotores Fiscales (sustituidos posteriormente por el Ministerio Fiscal), tendiendo su razón de ser en facilitar su actuación, evitando los continuos desplazamientos. Con la creación del Cuerpo de Abogados de Estado por RD de 10 de marzo de 1881, y encomendada a ellos la representación y defensa en juicio del Estado por RD de 16 de marzo de 1886, la citada regla llegó en ocasiones a ser considerada inaplicable por el Tribunal Supremo. Sin embargo, el estatuto de la Dirección General de lo Contencioso y Cuerpo de Abogados del Estado, aprobado por RD-Ley de 21 de junio de 1925, reitera ese privilegio estatal en su art. 7. La aprobación de la LOPJ de 1 de junio de 1985, vino a plantear dudas sobre la vigencia de ese fuero privilegiado, pronunciándose el

planteó su posible inconstitucionalidad por ser contrario al principio de igualdad y vulnerar el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. Cuestión sobre la que se pronunció el TC en su Auto 324/1993, de 26 de octubre, rechazándola en trámite de admisión por considerarla notoriamente infundada (36).

IV. LAS PARTE PROCESALES

El proceso de tercería, examinado desde su vertiente subjetiva, nos lleva a la consideración de aquellos sujetos que van a ocupar en él las posiciones de parte activa y pasiva. Cuestión ciertamente importante; pues, por un lado, un presupuesto esencial de la tercería de dominio es que el demandante tenga la condición de tercero respecto a la obligación que motivó el embargo y, por otro lado, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil hace desaparecer el tradicional litisconsorcio pasivo entre ejecutante y ejecutado, restringiendo la necesidad de demandar al ejecutado a aquellos casos en que hubiere designado el bien a que la tercería hace referencia. Por lo que, en principio, el tercerista habrá de dirigir su pretensión únicamente contra el acreedor, si bien al embargado o ejecutado le es posible,

Tribunal Supremo en contra de su permanencia en vigor. La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, daría nueva redacción al art. 71 de la LEC, reconociendo nuevamente el fuero territorial privilegiado del Estado, ampliado ahora a las Comunidades Autónomas y a las Entidades de Derecho Público de ellas dependientes. Culminando el camino legislativo con el art. 15 de la LAJAIP.

(36) En cuanto a la alegada quiebra del principio de igualdad, el Pleno del Tribunal estimó que no hay desigualdad discriminatoria, por cuanto se parte de situaciones de hecho que son distintas, existiendo criterios de diferenciación fundados en razones objetivas. Igualmente, negó que esa alteración de las normas generales de competencia supusieran una violación al juez ordinario predeterminado por la ley, puesto que nuestra Constitución no garantiza el derecho a un hipotético Juez natural o "Juez del lugar", sino el juez ordinario predeterminado por la ley, y desde la visión constitucional de lo que supone tal garantía, se entiende que tan legales son las reglas generales de competencia, como ese fuero dispuesto en al Ley a favor de distintos órganos del Estado y otras instituciones públicas.

en todo caso, su intervención en el proceso por el lógico interés que se le reconoce.

1. *El demandante-tercerista*

A) *La condición de tercero del demandante de tercería*

Como se infiere de la propia denominación de la institución, la tercería sólo puede ejercitarse con éxito por quien tiene la condición de tercero, lo que constituye la primera y principal cuestión relativa al demandante de tercería (37). Noción de tercero que no viene fijada por la simple determinación negativa de quien no es parte en el proceso. Pues no basta con que no figure como parte, sino que, además, y esencialmente, ha de ser tercero respecto de la obligación cuyo cumplimiento o efectividad motivó el embargo. Consideración, que hace precisar esa alusión legal contenida en el art. 595, de que podrá interponer tercería de dominio quien "sin ser parte en la ejecución".

Señala MONTERO AROCA, que la ejecución puede colocar al tercero en una posición pasiva, y ello fundamentalmente porque se dirija la misma frente a bienes que son de su propiedad (38). Lo que puede suceder, bien porque a pesar de no haberse despachado la ejecución contra él, el tribunal entienda que sus bienes están afectos al cumplimiento de la obligación por la que se procede; o bien, porque erróneamente se embarguen bienes de su titularidad. Situaciones que dan lugar a distintos medios de tutela, siendo precisamente la tercería la que va a permitir a ese tercero separar de la ejecución aquellos bienes indebidamente trabados por error relativo a su titularidad. Pues si el tribunal estimó que debía em-

(37) Así lo ha venido señalando el Tribunal Supremo, al estimar que lo primero que hay que indicar en el proceso de tercería es si quien la ejercita es propiamente un tercero [Cfr. Ss. TS de 2 de febrero de 1984 (RA 572), 10 de diciembre de 1984 (RA 6040) y 1 de febrero de 1990 (RA 651)].

(38) MONTERO AROCA, J.: *El nuevo proceso civil...*, cit., pág. 589.

bargar sus bienes por considerar que están afectos al cumplimiento de la obligación, aun sin haberse dirigido la ejecución contra él, lo procedente será utilizar los medios de defensa que la Ley concede al ejecutado (art. 538.3 LEC). En tal caso, nos hallamos ante un sujeto que, sin ser parte en la ejecución, tampoco es propiamente un tercero que pueda utilizar la tercería de dominio para pretender el alzamiento del embargo (39).

Si la ejecución se ha dirigido contra él, figurando o no como deudor en el título; o si, aun no habiéndose despachado contra él la ejecución, el tribunal ha dispuesto que ésta se extienda a sus bienes, el cauce procesal adecuado es la oposición a la ejecución, prevista ahora expresamente en la LEC (arts. 556 y ss.).

De este modo, la nueva Ley ha diferenciado más claramente los dos cauces procesales de oposición de quienes se ven afectados por la ejecución: la oposición a la ejecución y la tercería de dominio, reservada ésta para quienes tienen esa significativa posición de terceros y afirman ser dueños de un bien embargado como perteneciente al ejecutado, o ser titulares de un derecho que pueden oponer al embargo.

Quien acude como tercerista lo hace, pues, bajo esa condición de tercero y afirmando una titularidad sobre el bien embargado, o la titularidad sobre un derecho que puede oponerse al embargo, y que le legitima para interponer la demanda de tercería, cuya realidad de la afirmación es resuelta como cuestión de fondo en el auto que pone fin al procedimiento. De este modo, la resolución final contiene una doble valoración: la primera, sobre si el demandante es propiamente tercero; y, en segundo lugar, la realidad de la titularidad jurídica afirmada. Cuestiones sobre las que el Tribunal Supremo ha venido afirmando que han de resolverse en dicho orden, considerando que esa condición de tercero del actor ha de examinarse con prioridad

(39) La STS de 1 de febrero de 1990 (RA 651), ya vino a señalar que la tercería no puede ser utilizada por todo propietario cuyos bienes sean objeto de ejecución, sino solamente por aquel que, a la vez, pueda impugnar el embargo. Se trataba en aquel caso del tercer adquirente de bien hipotecado subrogado en el crédito e hipoteca que lo garantizaba, que había sido embargado para responder del crédito hipotecario contraído.

a la de la titularidad jurídica, pues es el primer requisito a tener en cuenta, debiendo indagarse sobre esa condición de tercero como primer requisito, más importante y característico, de la tercería de dominio (40).

B) *Distinta personalidad jurídica del ejecutado y tercerista.
La teoría del "levantamiento del velo"*

En otro orden de cosas, ha de señalarse que la condición de verdadero tercero no viene determinada por el sólo hecho de aparecer el tercerista y el deudor embargado o ejecutado con personalidades jurídicas diferentes. Pues, la cualidad de tercero debe necesariamente rechazarse cuando, a pesar de esas diferentes personalidades jurídicas, existe una confusión de patrimonios que permite acudir a la teoría jurisprudencial del "levantamiento del velo". Aun cuando formalmente aparezcan diferencias, es posible, en atención a esa consolidada doctrina del Tribunal Supremo, penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa forma legal se puedan perjudicar intereses públicos o privados, o ser utilizada como vehículo de fraude (41). De este modo, cuando los supuestos litigiosos por vía de tercería encajen dentro de tal idea, es posible hablar de una identidad entre ambos sujetos que excluye la condición de tercero del demandante-tercerista respecto del deudor. Separándose del artificio societario para decidir según la realidad.

Lo supuestos pueden ser variados, mostrando la realidad diferentes formas de utilización de sociedades en que cabe hablar de esa identidad de patrimonios. Tal es el caso de sociedades de

(40) Cfr. Ss. TS 26 de enero de 1985 (RA 200) y 20 de febrero de 1987 (RA 701); 30 de enero de 1992 (RA 533) y 13 de abril de 1993 (RA 3000).

(41) Vid. Ss. TS de 31 de enero de 2000 (RA 65); 30 de mayo de 1998 (RA 65); 30 de mayo de 1998 (RA 4075); 25 de octubre de 1997 (RA 7359); 9 de octubre de 1995 (RA 7026); 12 de febrero de 1993 (RA 763); 15 de abril de 1992 (RA 4422); 16 de octubre de 1989 (RA 6925); 24 de diciembre de 1988 (RA 9816); 16 de julio de 1987 (RA 5795); y 28 de mayo de 1984 (RA 2800).

composición familiar controladas por quien es el propio ejecutado, en que puede decirse que existe una identidad sustancial entre la personalidad física y la jurídica. No es infrecuente el supuesto de bienes aportados por el deudor a una sociedad constituida familiarmente, en la que aparece como administrador único con amplísimas facultades y como socios la esposa e hijos. En tales casos, el Tribunal Supremo ha entendido que el control del negocio familiar, aportado a la sociedad con ilimitadas facultades de disposición sobre todos los bienes sociales, implica un ejercicio abusivo del derecho a constituir sociedades, aprovechando su personalidad jurídica diferente para eludir la responsabilidad personal del fundador en perjuicio de los derechos de terceros, por lo que la sociedad no tiene esa condición de tercero respecto del deudor (42).

En otros casos, aunque las sociedades que aparecen en el proceso como tercerista y ejecutada sean formalmente independientes, con distintas personalidades jurídicas, son en realidad una misma cosa, aunque bajo la apariencia de dos personalidades diferentes. Las identidades que operan entre ellas no permiten hablar de una distinción, sino de una confusión de personalidades. Apariencia formal con la que se busca proteger los elementos patrimoniales de la empresa que ha podido contraer las deudas, cuyo impago va a generar la correspondiente reclamación, origen de un futuro embargo. Así, en supuestos en que existe una identidad de socios, de administradores únicos, de objeto social e, incluso, de domicilio social, con unos bienes que, aunque formalmente pertenezcan a una sociedad son utilizados por otra. En estos casos, fácil es concluir que se trata del mismo negocio que ha adquirido distintas denominaciones sociales. De este modo, aunque en el tráfico jurídico se opere bajo esas distintas denominaciones, puede verse que se acude a las formas societarias como instrumento para eludir las responsabilidades patrimoniales de una sociedad que es sustituida por otra a la que formalmente pertenecen los bienes utilizados por la otra (43).

(42) STS de 11 de noviembre de 1995 (RA 8118).

(43) Sobre tal supuesto, véase SAP de Palencia de 31 de diciembre de 1999, núm. 435/1999 (AC 2605).

Situación que, además, puede verse reforzada por la semejanza de denominaciones, y por la falta de actividad de la sociedad que demanda como tercerista, lo que hace más fácilmente concluir que, bajo las diferentes personalidades, se oculta una misma realidad, lo que evidencia la identidad entre la sociedad tercerista y la que ha sido embargada, no existiendo, por tanto, esa necesaria condición de tercero en el demandante (44).

C) *El cónyuge como tercero legitimado en el embargo de bienes gananciales*

Otra cuestión que tradicionalmente ha sido objeto de especial atención ha sido la consideración o no de la condición de tercerista del cónyuge no deudor cuando han sido embargados bienes gananciales (45), y sobre la que la jurisprudencia ha tenido frecuentes ocasiones de pronunciarse. Manteniendo en algunos casos su falta de legitimación activa en relación con los bienes de la sociedad, y no admitiendo, por tanto, la condición de tercero en un cónyuge respecto del embargo de bienes gananciales (46). Si bien, no han faltado tampoco resoluciones que, frente a esa concorde doctrina jurisprudencia, ha entendido de forma excepcional que sí puede estimarse tal condición de tercero en aquel de los consortes

(44) Cfr. SAP de Burgos, Sección 2.ª, de 26 de octubre de 1998, núm. 577/1998 (AC 7324); SAP de Lleida, Sección 2.ª, de 15 de julio de 1998, núm. 372/1998 (AC 6392); SAP de Córdoba, sección 2.ª, de 10 de noviembre de 1998 (AC 2276); SAP de Albacete, de 24 de octubre de 1997, núm. 244 (AC 2061).

(45) Vid. PUIG BRUTAU, J.: "Tercería de dominio sobre bienes gananciales", en *Rev. de Der. Priv.* 1963; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.: *La tercería de dominio...*, cit., págs. 271 y ss.; MAS BADIA, M.D.: *La tercería de dominio sobre bienes gananciales*; Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

(46) Cfr. Ss.TS de 8 de febrero de 2001 (*La Ley* núm. 5307); 1 de septiembre de 2000 (*Act. Jdca. Aranzadi*. 14-9-2000, núm. 452); 30 de diciembre de 1999; 26 de junio de 1997; 4 de marzo de 1994; 20 de marzo de 1989 (RA 2186); 11 de abril de 1988 (RA3120); 21 de noviembre de 1987 (RA 8638); 15 de febrero de 1985 (RA 812); y 29 de octubre de 1984 (RA 5077).

que ha visto embargados bienes gananciales en un juicio ejecutivo seguido contra el otro cónyuge por deudas privativas suyas (47).

Con la nueva Ley, la situación parece clarificarse en algunos puntos, atendiendo las diversas situaciones que pueden darse. En primer lugar, ha de partirse de la idea de que los bienes gananciales pertenecen en su conjunto a los cónyuges, formando una comunidad cuya naturaleza ha sido tradicionalmente discutida en la doctrina. Bienes con los que ha de atenderse una serie de gastos y que, además, están llamados a responder en determinados casos de las obligaciones asumidas por uno sólo de los cónyuges, de modo que el tercero puede dirigirse contra los bienes gananciales para hacer efectiva la deuda (cfr. arts. 1362 a 1374 del Código Civil).

Bajo tal idea, y atendiendo al posible embargo de bienes gananciales, el art. 541 de la LEC ha facilitado un cauce para la oposición a la ejecución del cónyuge no deudor, cuando ésta se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges de las que deba de responder la sociedad de gananciales (48). En tales casos,

(47) Cfr. Ss. 2 de enero de 1999 (RA 35), que contiene un voto particular del Magistrado Almagro Nosete; 17 de julio de 1997 (RA 5513) y 16 de noviembre de 1990 (RA 8950). Véase, también, SAP de Sevilla, Sección 5.ª, de 23 de julio de 1998, recurso de apelación 3691/1997 (AC 6613), en la que señalando lo no pacífico del tema ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, viene a reconocer que "cuando se haya trabado embargo sobre bienes de la sociedad de gananciales por deudas exclusivas de uno de los cónyuges, el otro cónyuge no deudor y ajeno a la deuda y al procedimiento estará legitimado para pedir el levantamiento del embargo con la finalidad de salvaguardar los derechos que indudablemente le corresponden".

(48) Contrariamente a lo que señala GUILARTE GUTIÉRREZ, no creemos que el legislador sólo de respuesta en este art. 541 cuando el embargo de bienes gananciales sea consecuencia de demandas ejecutivas fundadas en los números 4 y siguientes del art. 517. Señala el citado autor que sólo así se entiende que el citado precepto se refiera a "la demanda ejecutiva" (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Dir. A. M. Lorca Navarrete), T. III, cit., pág. 2.558). Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el art. 549 señala que sólo se despachará ejecución en forma de demanda, aunque cuando el título ejecutivo sea una sentencia o resolución dictada por el tribunal competente para conocer de la ejecución, la demanda ejecutiva podrá limitarse a la solicitud de que se despache ejecución. Con lo cual, también en estos casos puede hablarse de demanda ejecutiva, y de ahí la referencia que a ella realiza el art. 541.

el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al cónyuge no deudor, pudiendo éste formular oposición fundada en las mismas causas que el ejecutado y, además, en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda. Se permite, de este modo, una posibilidad de cuestionar la propia responsabilidad de los gananciales, pero a través del cauce de la oposición y no de una tercería de dominio. Lo que parece lógico si pensamos que en tales casos no se trata de un error en el embargo cuyo alzamiento se pretende, sino que la ejecución se sigue contra esos bienes al considerar que la sociedad de gananciales está llamada a responder de la deuda. Por lo que, aunque la ejecución no se haya dirigido contra el otro cónyuge, éste no tiene el carácter de tercero necesario en el demandante de tercería. Además, ese debate sustantivo sobre la responsabilidad o no de los bienes gananciales rebasa el ámbito de la tercería de dominio (49).

En segundo lugar, ese mismo artículo viene a suplir en el párrafo tercero la carencia procesal de que adolecía la opción fijada en el art. 1373 del Código Civil. Pues, tratándose de deudas privativas, si el cónyuge deudor carece de bienes privativos o son insuficientes para hacerlas efectivas, puede el acreedor pedir el embargo de bienes gananciales. Dicho embargo será notificado al cónyuge no deudor, quien podrá optar por pedir la disolución de la sociedad conyugal (50), lo que llevará, en caso de acordarse esa división del patrimonio, a la suspensión de la ejecución en lo relativo a los bienes comunes (art. 541.3 LEC). Con lo que queda cerrada la posibilidad de que el cónyuge deudor, que pretende la sustitución en la traba de los bienes comunes por la parte que ostente el deudor en la sociedad conyugal, intente hacerlo valer por vía de la tercería de dominio.

(49) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: *La tercería...*, cit., págs. 288-289.

(50) Si no opta por esa disolución, la deuda podrá hacerse efectiva sobre bienes comunes, y entonces se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad de gananciales (art. 1373.2 Cc).

Además, es posible que, aun cuando en el momento de la ejecución se halle disuelta la sociedad de gananciales, las capitulaciones matrimoniales se otorgaran después de que la deuda hubiese surgido, en perjuicio de acreedores legítimos. En tal caso, el juez puede disponer que la ejecución se extienda a los bienes que aparecen como del cónyuge no deudor, al considerar que están afectos al cumplimiento de la obligación por la que se procede. En tal caso, las posibilidades defensivas del cónyuge frente al que no se ha despachado ejecución, no será tampoco la tercería de dominio, sino la oposición a la ejecución a través de los medios que la Ley confiere al ejecutado (crf. art. 538.3 LEC).

Pero, fuera de esos casos, también puede darse que al decretar el embargo se produzca verdaderamente un error en la atribución de titularidad del bien embargado, que no lleva a discutir ningún otro tipo de cuestión. Así, si procediendo por deudas privativas, nacidas incluso antes de que existiese la sociedad de gananciales, se embargan bienes considerados de la titularidad del deudor, cuando en realidad forman parte de la comunidad ganancial. En tal caso, el cónyuge no deudor sí puede acudir a la tercería de dominio, pues no se trata de discutir si deben o no responder de la deuda, sino simplemente que se han embargado como pertenecientes al ejecutado desconociendo la titularidad que sobre ellos tiene el otro cónyuge.

2. *La parte pasiva en la tercería*

A) *Necesidad de dirigir la demanda frente al acreedor*

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha introducido un importante cambio en nuestro Derecho respecto a las personas con quien debe sustanciarse la tercería. Tradicionalmente se había mantenido la exigencia de que la demanda de tercería se dirigiese frente a ejecutante y ejecutado, y ello por entender que ambos tenían interés directo en la cuestión promovida por el tercerista. El acreedor, en cuanto aspira a cobrar a través del apremio; y el deudor, porque de estimarse la tercería perdería cobertura patrimonial para hacer frente a su responsabilidad patrimonial universal contenida en el

art. 1911 del Código Civil (51). Así aparecía ya en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que en el art. 998 señalaba que "las tercerías se sustanciarán con el ejecutante y ejecutado" (52), y lo mismo se ordenaba en el art. 1539 de la LEC de 1881. Artículo que fue interpretado por algunos autores como un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario por exigencia o determinación de la Ley procesal (53).

La novedad que la nueva Ley introduce está claramente en consonancia con la regulación que sobre el objeto de la tercería se realiza. Si, como hemos visto, la tercería va dirigida como única finalidad al alzamiento del embargo, parece lógico que deba dirigirse, en principio, sólo frente al acreedor ejecutante. El auto que pone fin a la tercería tiene como principal pronunciamiento el alzamiento o no del embargo y, por tanto, el pronunciamiento sobre el derecho del tercero no es objeto de la tercería y no queda alcanzado por los efectos de cosa juzgada (54) (arts. 601 y 604 de la LEC). Lo que lleva necesariamente a entender que baste demandar al ejecutante, ya que es la única persona que puede resultar afectada, al poderse ver privado del producto de lo que se obtuviese de la realización del bien embargado.

Ya señalaba hace años PRIETO-CASTRO, que en otros sistemas jurídicos sólo se consideraba pasivamente legitimado al acreedor, porque el deudor, a no ser que hubiese señalado el bien del tercero para su embargo, no tiene más responsabilidad que la jurídico-material que ha originado dicho proceso (55).

(51) Cfr. STS de 21 de marzo de 1990 (RA 2757).

(52) Criterio que anteriormente recogió la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de comercio de 1830, en su art. 382.

(53) Así, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: *La tercería de dominio...*, cit., pág. 309; DÁVILA MILLÁN, M. E.: *Litisconsorcio necesario*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1992, pág. 85.

(54) Desprovista la resolución que decida la tercería de fuerza de cosa juzgada material, no hay necesidad de demandar al ejecutado, que no va a resultar perjudicado por la resolución que se dicte.

(55) PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho Procesal*, 2.ª ed., t. II, cit., pág. 753.

Ahora bien, que la Ley señale que la demanda se interpondrá frente al acreedor ejecutante, fuera de los casos que luego veremos de designación de bienes por el ejecutado, hace plantearnos si, en caso de que el tercerista dirija también su demanda frente al ejecutado, puede éste alegar falta de legitimación pasiva. Pues, pudiera pensarse que aunque su presencia no sea imprescindible, no excluye la posibilidad de ser demandado y figurar con tal carácter en el proceso, máxime si puede intervenir. Sin embargo, de la redacción del precepto, parece que ésta se atribuye en principio sólo y exclusivamente al ejecutante, lo que lleva a concluir que si el ejecutado no ha designado para el embargo el bien al que la tercería se refiere, y la demanda se dirige también contra él, podrá oponer su falta de legitimación pasiva (56).

B) Supuestos en que ha de dirigirse también frente al ejecutado

Si la demanda de tercería ha de dirigirse siempre frente al ejecutante, existe también la necesidad de dirigirla frente al ejecutado si el bien embargado a que se refiere la tercería ha sido designado por él. La Ley toma, pues, como referente de esa legitimación el hecho de que el ejecutado haya señalado el bien para el embargo, pues en el fondo supone afirmar su pertenencia (57). Dado que si la traba se ha de practicar sobre bienes pertenecientes al ejecutado, y éste señala determinados bienes para afectarlos a la ejecución, su indicación lleva implícita la negación de la titularidad ajena y la afirmación de la propia. Por ello, como indica CACHÓN CADENAS, esa parece ser la idea que recoge el precepto: al señalar el bien, el ejecutado ha negado o desconocido el derecho que el tercero tiene

(56) En este sentido, CACHÓN CADENAS, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento*, t. III, cit., pág. 2.986.

(57) Sobre la pertenencia de los bienes al ejecutado como presupuesto de embargabilidad, *vid.*, CARRERAS, J.: *El embargo de bienes...*, cit., págs. 274 y ss., y CACHÓN CADENAS, M.: *El embargo*, Barcelona, Bosch, 1991, págs. 220 y ss.

sobre el bien, y por ello el tercerista tiene que dirigir la demanda también contra ese sujeto (58).

En cuanto a la designación de bienes por el ejecutado, es posible que en la diligencia de embargo, en la que la Comisión Judicial realiza la traba, el deudor haya designado como de su propiedad determinados bienes. Así, el art. 624 de la LEC, que detalladamente regula tal acto, señala que habrá de incluirse en el acta de la diligencia las "manifestaciones efectuadas por quienes hayan intervenido en el embargo, en especial las que se refieran a la titularidad de las cosas embargadas y a eventuales derechos de terceros". Con lo que, si consta que el ejecutado señaló que son de su propiedad, contra él habrá también de dirigirse la tercería. De ahí, también, la importancia de que los bienes sean reseñados de manera individualizada, con descripción o indicación de aquellas cualidades o circunstancias propias de la cosa embargada que permiten distinguirlas de otras semejantes.

Además, la nueva LEC ha incorporado en su art. 589 la tan reclamada manifestación de bienes del ejecutado. Previsión que, como se señala en la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, "remedia uno de los principales defectos de la Ley de 1881, que se mostraba en exceso complaciente con el deudor" (59). Pues, se había dicho con razón, que la localización de los elementos que conforman el patrimonio del deudor constituía uno de los temas más espinosos existentes en nuestro proceso civil de ejecución, y que la reforma en este punto concreto del embargo era prioritaria para lograr los fines de la tutela judicial efectiva (60). Uno de los instrumentos favorecedores de la realización de esa tutela efectiva es la imposición de verdaderas obligaciones procesales establecidas

(58) CACHÓN CADENAS, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento*, t. III, cit., pág. 2.985.

(59) Como señala OCHOA MONZÓ, el deudor es el único que conoce la situación exacta de su patrimonio, y si nada ni nadie le obligan a manifestarlo, su actividad negativa se traduce en la imposible localización de los bienes y derechos, así como en la ineffectividad del embargo (*La localización de bienes...*, cit., pág. 174).

(60) OCHOA MONZÓ, V.: *La localización de bienes...*, cit., pág. 173.

para la subordinación de la parte a un interés ajeno, de tal modo que, al objeto de conseguir la satisfacción de ese interés ajeno prevalente para el que la obligación se establece, aparezca ligado a ella una sanción para el supuesto de su eventual incumplimiento.

C) Posibilidad de intervención del ejecutado

Sabido es que nuestra legislación procesal ha desconocido tradicionalmente la figura de la intervención. La nueva LEC abre ahora su regulación a esta figura procesal, señalando de modo genérico que "mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito" (art. 13.1 LEC). Estableciéndose, además, de modo particular en el art. 600.3 de la LEC que, aunque la demanda de tercería no se haya dirigido frente al ejecutado, éste podrá intervenir en el procedimiento con los mismos derechos procesales que las partes de la tercería. Lo que supone un reconocimiento explícito de ese interés que el embargado tiene.

Habiendo reconocido la Ley expresamente esa posibilidad de intervención del ejecutado, la cuestión es cómo garantizarle que conozca en todo caso la pendencia de ese proceso que le permita una efectiva posibilidad de intervención. La respuesta ha de buscarse en la notificación al demandado de la demanda interpuesta, como medio idóneo de garantizar la posibilidad de su intervención en el proceso, y defensa de sus intereses.

Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en una consolidada doctrina, los actos de comunicación tienen una especial trascendencia, en cuanto son el "instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados" (61)

(61) STS 17/1992, de 10 de febrero. En igual sentido, la STC 48/1990, de 20 de marzo, que pone de manifiesto esa constante y uniforme doctrina, señalando que "los actos de comunicación procesal, por su acusada relación con la tutela judicial efectiva que como derecho fundamental garantiza el art. 24.1 de la Constitución... no constituye meros requisitos formales en la tramitación del proceso, sino exigencias

y, por tanto, debe garantizar en primer lugar el acceso al proceso. De este modo, lo dispuesto en los arts. 150 de la LEC y 270 de la LOPJ, interpretados a la luz del art. 24.1 de la CE, sirve a los efectos de garantizar que el ejecutado pueda participar en el proceso seguido entre el demandante-tercerista y el acreedor-ejecutante (62). El juez habrá de realizar dicha notificación al ejecutado, para que, si lo desea, pueda llegar a intervenir en el proceso (63). Ello, aun cuando el ejecutado no esté personado en la ejecución (64), pues estimamos que no puede afectarle a estos efectos su alejamiento del proceso principal.

El juez, una vez que haya dictado auto admitiendo la demanda (65), lo notificará al deudor ejecutado, para permitirle, así, que pueda comparecer dentro del plazo que la Ley señala para que el demandado conteste a la demanda. Pues, aun cuando puede comparecer en un momento posterior de la pendencia del proceso, ello

inexcusables para garantizar a las partes o a quienes puedan serlo, la defensa de sus derechos e intereses legítimos". Doctrina que se contiene también en las sentencias 9/1981, 22/1987, 72/1988, 205/1988 y 202/1990.

(62) Si bien ha de hacerse notar que, aunque el art. 150.1 de la LEC se refiere a esa notificación de la pendencia del proceso a las personas que puedan verse afectadas por la "sentencia" que en su momento se dictare; y las tercerías, como hemos visto, son resueltas por auto, no supone que en estos casos el juez no deba igualmente realizar dicha notificación. El sentido del artículo es la notificación de la pendencia del proceso a quienes se puedan ver afectados por la resolución final que se dicte, independientemente de cual sea la forma de ésta.

(63) Si bien, la ausencia de tal notificación, que podría considerarse una irregularidad procesal, no puede considerarse por sí sola generadora de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por no haberse garantizado la posibilidad de acceso al proceso y la efectividad del derecho de defensa. Pues, aun cuando la inobservancia de los actos de comunicación procesal podría colocar a los interesados en una situación de indefensión contraria a ese derecho fundamental, habrá de considerarse las circunstancias del caso, y la conducta procesal del ejecutado, que puede haber tenido conocimiento del proceso, aun a pesar de no haberse le notificado adecuadamente.

(64) En este sentido de notificación de la demanda de tercería al ejecutado que no esté personado en la ejecución CACHÓN CADENAS, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento*, t. III, cit., pág. 2.986.

(65) *Vid.* art. 404 LEC.

no supone retroacción alguna de las actuaciones (necesaria aceptación del proceso *in terminis*, que establece el art. 13.3 LEC), lo que llevaría a una posible pérdida de oportunidades procesales conforme al principio preclusivo (66).

V. TÍTULO DEL TERCERISTA

Ya hemos venido señalando que la tercería tiene por finalidad la liberación del embargo trabado sobre bienes que no pertenecían realmente al embargado o ejecutado, o la modificación del mismo en virtud de un derecho que le permite oponerse al embargo o a la realización forzosa de los bienes embargados como pertenecientes al ejecutado. Por ello, para la prosperabilidad de la tercería es necesario la debida justificación por parte del tercerista de su titularidad sobre el bien embargado, referido siempre a la fecha anterior a la práctica (67), o la acreditación de ese derecho que le permita oponerse al embargo.

1. El principio de prueba por escrito

El art. 1537 de la LEC de 1881 ya establecía que, con la demanda de tercería, habría de aportarse el título en que se funde, sin cuyo requisito no se dará curso. Exigencia del legislador de una mera justificación inicial, sin perjuicio de una ulterior prueba plena, o prueba en sentido estricto, sobre tal extremo (68). Considerándose que la intención de la Ley no era sino tratar de evitar la

(66) *Cfr.* art. 136 LEC. No obstante, ha de considerarse la posible realización de alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere podido efectuar por corresponder a un momento procesal anterior a su admisión en el proceso (art. 13.3, párrafo segundo, LEC).

(67) *Cfr.*, por ejemplo, STS de 16 de julio de 1993 (RA 6450).

(68) GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil* 7.ª ed., vol. II, Madrid, 1975, pág. 355.

interposición de demandas de tercería temerarias, o cuyo único propósito sea demorar el curso de las actuaciones (69).

El art. 595.3 de la nueva LEC vuelve a repetir esa exigencia de que con la demanda de tercería se aporte un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista (aunque con mayor corrección en su expresión); previniéndose, que el tribunal, mediante auto, rechazará de plano y sin sustanciación alguna la demanda de tercería de dominio a la que no se acompañe ese principio de prueba (art. 596.2 LEC).

Antes esta regulación debemos plantearnos, en primer lugar, si tiene sentido seguir manteniendo en la actual regulación esa exigencia de aportar un principio de prueba por escrito. Ya entendía PRIETO-CASTRO como un requisito sin total justificación jurídica el del art. 1.537 de la anterior Ley, al estimar no plausible que un tercerista con buen derecho no pueda promover tercería, si por las más diversas causas y contra su voluntad, carece de ese principio de justificación documental del que le corresponde sobre el objeto material del proceso. Exigencia que estimaba como el efecto de ver en el proceso de tercería exclusivamente una acción reivindicatoria (70). Si bien puede justificarse acudiendo a ese efecto suspensivo de la ejecución que conlleva la admisión de la tercería (art. 598.1 LEC).

2. Rechazo de plano de la tercería a la que no se acompañe el principio de prueba exigido

Si bien el art. 1537 de la Ley de 1881 aludía a que "no se le dará curso" a la demanda de tercería con la que no se presentase el título en que se funde, en la nueva Ley se habla de que "se rechazará de plano" (art. 596.2 LEC), efectos claramente distintos. El no

(69) LACLAUSTRA ARROYO, M.: "La prueba en la tercería de dominio", en *Estudios de Derecho Procesal* (Dir. I. Diez-Picazo y J. Martínez-Simancas), vol. II, Madrid, 1996, pág. 2.081.

(70) PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed., t. II..., cit., pág. 754.

dar curso significa que la admisión queda suspendida mientras no se cumpla ese requisito, pero no implica su rechazo de plano, sino que el juez la dejará en suspenso, acordando que, luego que se llene aquel requisito, se le dará el curso correspondiente (71).

El legislador ha equiparado en ese art. 596.2 el tratamiento de las demandas presentadas extemporáneamente, con las que no van acompañadas de ese principio de prueba; en una asimilación que podríamos considerar excesivamente rigorista. La presentación de ese documento ha de entenderse como un presupuesto de admisibilidad, cuya consecuencia lógica, para el caso de no aportación, sería la inadmisión, pero no la desestimación (72). Por tanto, no parece que no deba dársele otro alcance que ese meramente procedimental de permitir la admisión de la demanda y, considerándose su falta de aportación un defecto subsanable, debe permitírsele al demandante la posibilidad de subsanación del defecto, concediéndosele un plazo a tal efecto. Y si el tercerista deja transcurrir ese plazo sin subsanar el defecto, sí procederá una denegación definitiva de la admisión a trámite (73).

3. La suficiencia del principio de prueba presentado

La apreciación sobre la suficiencia del principio de prueba por escrito a los efectos del art. 596.2 queda, lógicamente, a la apre-

(71) Vid. MANRESA NAVARRO, J. M.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. VI, cit., pág. 632-633, quien se hace eco de una vieja jurisprudencia que ya marcaba dicha diferencia, señalando que las demandas de tercería a las que no se acompañe el título en que se fundan, no pueden ser rechazadas de plano, y sí únicamente suspender el curso de las mismas (STS de 30 de noviembre de 1906).

(Vid. Ss. TS de 27 de febrero de 1883; 15 de diciembre de 1885; 5 de octubre de 1972 (RA 3914); 7 de mayo de 1993 (RA 3463); y 11 de febrero de 1999 (RA 651).

(72) Así, el art. 614.2, referido a las tercerías de mejor derecho, para cuya interposición se exige también el acompañamiento de un principio de prueba, señala como efecto de ese no acompañamiento la no admisión de la demanda.

(73) CACHÓN CADENAS, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, cit., pág. 2.973-2.974.

ciación del órgano judicial, que habrá de ser siempre en el sentido más favorable a la tutela efectiva.

En primer lugar, ha de considerarse que, aun cuando es cierto que no cualquier acompañamiento documental llena las exigencias de ese principio de prueba requerido, lo exigido no es una prueba completa sino acreditación de simple verosimilitud de la pretensión formulada. Por tanto, el órgano judicial debe ser lo suficientemente flexible a la hora de valorar el cumplimiento de dicho requisito, poniendo el derecho fundamental de tutela judicial efectiva en relación con el verdadero sentido del art. 595.3 de la LEC (74). No puede exigirse que el documento haga prueba plena, pues, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, es al resolver el fondo del asunto donde ha de hacerse el análisis de ese documento, junto al resto de las pruebas practicadas (75). El juez no puede apreciar en ese momento inicial del procedimiento la eficacia probatoria del documento que se le presenta, pues sería tanto como prejuzgar la cuestión de fondo que ha de resolver al concluirse la tramitación del mismo (76). Aunque ello no significa que el juez quede privado de examinar ese principio de prueba, que ha de implicar, al menos, la apariencia de buen derecho. Pero la finalidad del documento no es probar la existencia del derecho material alegado como fundamento de la tercería, sino simplemente posibilitar la admisión de la demanda (77).

(74) Señala a este respecto MONTERO AROCA, que no debería admitirse documento que provenga exclusivamente del tercerista, pues entonces el requisito podría quedar vacío de contenido, dado que dependería del propio demandante (*El nuevo proceso civil...*, cit., pág. 677).

(75) *Vid.* Ss. TS de 14 de febrero de 1995 (RA 849) y 11 de febrero de 1999 (RA 651).

(76) Así, por ejemplo, aun cuando la justificación dominical en que se fundamenta el alzamiento del embargo haya de estar referida a la fecha en que éste se realizó, y no a un momento posterior. Tal razonamiento servirá, en su caso, para desestimar la demanda de tercería formulada, pero no para anticipar su resultado al trámite de admisión, sin posibilidad de suscitar controversia o discusión por la parte actora (AAP de Valladolid -Sección Primera-, de 26 de febrero de 1996, núm., 12/1996 (AC 304).

(77) MONTERO AROCA, J.: *El nuevo proceso civil...*, cit., pág. 678.

Además, el rechazo a cualquier rigorismo procesal permite considerar que ese principio de prueba aparezca documentado en un escrito que se presente por fotocopia, y no en su original. Posibilidad que ya admitida por el Tribunal Supremo en relación con el art. 1537 de la LEC de 1881 (78), y que hoy encuentra todavía más apoyo en los arts. 267 y 268.2 de la LEC, en cuanto posibilita que las copias simples puedan surtir el mismo efecto que el documento original (79).

VI. LA OPORTUNIDAD TEMPORAL PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

La nueva LEC ha recogido en el art. 596 lo relativo al momento de interposición de la demanda de tercería, fijando tanto el momento inicial como final para la interposición de la misma. Con lo que la oportunidad de ejercicio queda concretada por esa limitación temporal, a la que ya se refería la legislación anterior y sobre la que la jurisprudencia tuvo ocasión de ir perfilando sus contornos.

1. Posibilidad de interposición desde el momento del embargo del bien

Señala el apartado primero del art. 596 de la LEC la posibilidad de interponer la tercería de dominio desde el momento en que se haya embargado el bien, aunque el embargo sea preventivo. Afirmación coherente con la finalidad propia de la tercería, que es precisamente el alzamiento del embargo, y que ha de ser puesta en relación con el art. 587, que determina el momento procesal en que el embargo cobra realidad jurídica. De este modo, la demanda podrá interponerse desde que el embargo se decreta por resolución judicial o se reseñe la descripción del bien en el acta de la diligen-

(78) STS de 11 de febrero de 1999 (RA 651).

(79) Cfr., además, los arts. 318, 325 y 326 de la LEC.

cia de embargo, aun cuando no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba. Lo que viene a confirmar esa postura doctrinal y jurisprudencial que ha entendido que el embargo se perfecciona desde el momento mismo de la afectación de los bienes, y que negaba el carácter constitutivo de las medidas de aseguramiento de la traba (80).

Por otro lado, viene también a corroborar la ya aceptada posibilidad de la tercería de dominio en el caso de embargo preventivo, lo que tiene, igualmente, todo su sentido. Máxime, cuando la nueva Ley ha regulado sistemáticamente la tercería de dominio separada del juicio ejecutivo, ubicándola dentro del embargo, como acto procesal a la que resulta afecta. Con lo cual queda definitivamente descartado aquel viejo recuerdo de que embargo preventivo y tercería eran instituciones incompatibles (81), aceptándose, por el contrario, la idea de que donde hay embargo, procede la tercería de dominio.

2. El momento final preclusivo

El art. 1533.2 de la LEC de 1881 ya determinaba hasta cuándo podían admitirse las demandas de tercería; señalando que si fuera de dominio "no se admitirá después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiera, o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante", momento en que quedaba cerrada

(80) En este sentido, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo que la práctica de la diligencia judicial tiene virtualidad por sí misma, estableciendo que la anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria, pese a lo establecido en los arts. 1543 de la LEC y 43.2 de la LH (Vid. STS de 19 de abril de 2000, en *La Ley*, 2 de agosto de 2000).

(81) La idea arrancaba de lo recogido en el inciso último del art. 1543, que aludía a las tercerías que se interpongan "por embargo y venta de bienes", lo que hizo pensar que aludía al embargo ejecutivo y no al preventivo. En este sentido, ÁLVAREZ ABUNDANCIA, R.: "La tercería de dominio en el embargo preventivo", en *Revista de Derecho Privado*, 1946, págs. 529 y ss.; y, del mismo autor, "La tercería y la oposición de tercero", en *Revista de Derecho Privado*, 1963, pág. 469.

esa vía de protección al tercerista (82). Interpretación de este precepto, en cuanto a la consumación de la venta a favor del ejecutante, que propició una doctrina del Tribunal Supremo no uniformemente mantenida a lo largo del tiempo (83). Pues si en un principio se estimó la necesidad del otorgamiento de la escritura pública para que se produzca la consumación de la transmisión; posteriormente fue evolucionando, en el sentido de considerar que con la aprobación judicial del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante se producía la consumación de la venta a los efectos del citado artículo. En tal entendimiento, la reforma procesal llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, que modificara los arts. 1514 y 1515 de la LEC (84), estableció que el documento público judicial era título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad, eliminando la exigencia de otorgamiento de escritura de venta de los bienes adjudicados (85). Se instauró de este modo, como

(82) El art. 1514 señalaba que: "Consignado el precio, se hará saber al deudor que dentro del tercer día otorgue la escritura de venta a favor del comprador. Si no lo verifica, o no pudiera verificarlo por estar ausente, declarado en rebeldía o por cualquier otra causa, el juez otorgará de oficio dicha escritura".

(83) Y así aparece expresamente mencionado en alguna Sentencia del Tribunal Supremo, que da cuenta de ese proceso evolutivo. Así, STS de 10 de junio de 1994 (RA 5224).

(84) Cfr. GONZÁLEZ CANO, I.: "Las reformas introducidas en el procedimiento de apremio por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de reforma procesal", en *Poder Judicial*, núm. 34, págs. 88-91.

(85) Ya había señalado HERCE QUEMADA que "la intervención del secretario en la ejecución, como funcionario encargado de la documentación, no justifica el requisito exigido por la ley del otorgamiento posterior de escritura pública, y, en consecuencia, debía bastar con el acta extendida por dicho funcionario" (*Derecho Procesal Civil*, vol. II, (con Gómez Orbaneja), Madrid, 1975, pág. 278).

Para adaptar la legislación hipotecaria a la nueva redacción del art. 1541, se modificó el art. 224 del Reglamento Hipotecario por RD 1368/1992, de 13 de noviembre, señalándose que "será título bastante para la inscripción del remate o de la adjudicación el testimonio previsto en el art. 1514 de la LEC". Ha de señalarse que, en este sentido, la legislación procesal laboral ya había establecido que no será necesario documentar en escritura pública el auto de adjudicación, siendo título bastante para la inscripción el testimonio expresivo del referido auto (vid. art. 265 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo, 2/1995, de 7 de abril).

señala DAMIÁN MORENO, una modalidad de adjudicación directa sin otorgamiento de escritura (86); aunque tal modificación legislativa no tuvo reflejo alguno en el art. 1533.2, que siguió refiriéndose al otorgamiento de la escritura. Reforma que ratificó aquella evolución jurisprudencial, y condujo a entender que a partir de la entrada en vigor de la citada Ley la tercería sólo podía interponerse hasta el momento en que el Secretario expediese el testimonio del auto de aprobación del remate a que hacía alusión el art. 1514 de la LEC.

El art. 596 de la nueva Ley, fija, ahora, como momento final aquel en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en subasta pública (87). Criterio que, al remitirse a las normas de Derecho material, nos lleva a todo el problema de la transmisión y adquisición de los derechos, y las distintas soluciones según la naturaleza de éstos (88). Parece que hubiese sido más acertado, como apunta CACHÓN CADENAS, que, puesto que se trata de establecer un momento procesal preclusivo, la Ley hubiese especificado ese momento procesal (89). Si la jurisprudencia ya había establecido que la tercería sólo podía interponerse hasta el momento en que el Secretario expediese el testimonio del auto de aprobación del remate mencionado en el art. 1514, podría haberse aludido expresamente como momento preclusivo al de expedición del testimonio comprensivo de la aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada a que

(86) DAMIÁN MORENO, J.: "Procedimiento de apremio. La subasta", en *La reforma procesal civil y administrativa de 1992. Estudio sistemático de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal*, Madrid, Colex, 1992, pág. 69.

(87) Momento preclusivo que conduce, como ya ha quedado señalado, al rechazo de plano de la demanda que se interponga con posterioridad al mismo.

(88) MONTERO AROCA, J.: *El nuevo proceso civil...*, cit., pág. 678.

(89) CACHÓN CADENAS, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento...*, t. III, pág. 2.970, quien considera, además, que el nuevo artículo agrava los problemas que ya planteaba el art. 1533.

se refiere el art. 674.1 de la LEC (90). Testimonio que, en cualquier caso, ha de entenderse que cierra la posibilidad de una tercería de dominio. Además, tratándose del embargo de bienes que no necesitan de una realización forzosa, sino que procede su entrega directa al ejecutante, la vía de la tercería queda cerrada en el momento en que se realiza ese pago o entrega de los bienes al ejecutante para satisfacción de su deuda. Y, en el supuesto de bienes muebles, una vez que se ha puesto al rematante en posesión de los mismos (cfr. art. 650), ha de entenderse, igualmente, que queda precluida la posibilidad de ejercicio de la tercería de dominio (91).

VII. EL PROCEDIMIENTO DE TERCERÍA

1. Sustanciación por los trámites del juicio ordinario

La sustanciación de las tercerías de dominio ha quedado definitivamente fijada en la nueva LEC a través de los trámites del juicio ordinario; lo que supone, por un lado, abandonar el criterio de la cuantía que establecía la Ley de 1881 en los arts. 488 y 1534.II (92), y, por otro lado, apartarse del criterio inicialmente establecido en el Anteproyecto y Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, que fijaban la sustanciación por los trámites del juicio verbal (con contestación a la demanda por escrito, según la

(90) Norma que tiene su antecedente en ese art. 1514 de la LEC de 1881, aunque aludiendo, ahora, a los nuevos sistemas de realización.

(91) Ha de considerarse, en cualquier caso, la posibilidad que apunta CACHÓN CADENAS, de que el adjudicatario o adquirente del bien haya entregado el precio, y el ejecutante haya recibido la suma en pago de su crédito, aunque no haya tenido lugar aún la entrega del bien. En tal caso, tampoco podrá interponer ya la tercería de dominio (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento...*, t. III, pág. 2.972).

(92) Criterio que respondía a lo establecido en la Base 14 de la Ley de 21 de junio de 1880, de Bases para la Reforma del Enjuiciamiento Civil (Gaceta de Madrid, de 5 de febrero de 1881), que fijaba "como principio absoluto que las tercerías hayan de seguir la tramitación correspondiente a la entidad de la cosa demandada".

diferenciación que aparecía en ambos textos para el juicio verbal) (93). Lo que puede dar lugar a que, cuando la tercería se produzca en el curso de un juicio verbal, la sustanciación de aquella se desarrolle con una tramitación más extensa que la del propio proceso principal.

Opción legislativa que merece distinta valoración. Por un lado, resulta acertado el apartarse del criterio general de la cuantía para seguir los trámites del proceso declarativo que por ésta corresponda, instituyendo un único cauce independientemente de la misma. Constituyendo el objeto de la tercería solamente el alzamiento del embargo, y no la reivindicación o declaración de titularidad sobre el bien, el valor de éste debe resultar intrascendente. Ya no tiene sentido aquella referencia, que la Base 14 de la Ley 21 de junio de 1880 fijaba, de que las tercerías habían de seguir la tramitación "correspondiente a la entidad de la cosa demandada". Ahora bien, reconducidas las tercerías a una única tramitación, la disyuntiva era optar en uno u otro de los procesos declarativos ordinarios que la Ley fija. La opción final del legislador de reconducir su tramitación al juicio ordinario (94) ha de merecer, sin embargo, otra valoración.

Si los efectos de la tercería lo son únicamente en cuanto al alzamiento del embargo en la ejecución en curso, sin que el pronunciamiento acerca de la pertenencia del bien produzca efectos de cosa juzgada, y sin prejuzgar, por tanto, otras acciones que pudieran corresponder al tercerista, dejando libre la posibilidad de un proceso posterior, no parece del todo lógico que se haya acudido al proceso declarativo de mayor complejidad de trámites (95). El trámite

(93) Vid. arts. 602 del Anteproyecto de LEC y 601 del Proyecto de LEC.

(94) La Enmienda núm. 64, del Grupo Parlamentario Mixto, propuso esa sustitución en el texto. El Grupo Socialista del Congreso, en su Enmienda núm. 516 al art. 601, proponía, en cuanto a la sustanciación, que ésta se llevara a cabo "por los trámites previstos para los juicios abreviados".

(95) Cfr. CACHÓN CADENAS, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento*, t. III, cit., pág. 2983.

(Como señala RAMOS MÉNDEZ, llama poderosamente la atención que se obligue al tercerista a seguir el juicio ordinario, y que luego la resolución no produzca los efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien (RAMOS

del juicio verbal podría haber dado, igualmente, cumplida satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva, permitiendo a las partes la posibilidad de realizar alegaciones y probar lo alegado, obteniendo una resolución fundada en Derecho, en un procedimiento de mayor brevedad y simplicidad de trámites. El juicio verbal podría haber resultado idóneo para ejercitar en él una pretensión de alzamiento o modificación del embargo, con las suficientes garantías para las partes.

2. *Especialidades procedimentales*

A) *La exigencia de caución para admisión de la demanda*

El párrafo segundo del art. 598 de la LEC viene a introducir un importante cambio en el régimen de admisión de las demandas de tercería, al poder condicionarla a la exigencia de una caución al tercerista para responder de los posibles daños y perjuicios que pudiera producir al acreedor ejecutante.

Caución que, aun cuando pudiera considerarse reprobable por lo que pueda tener de limitación al ejercicio de la acción, al constituir un condicionante económico para el tercerista (96), encuentra su finalidad en la protección al acreedor frente a tercerías abusivas, desprovistas de fundamento, o meramente dilatorias; a la vez que garantiza el cobro de esas indemnizaciones por daños a través de la caución constituida. Lo que cabe enmarcar en ese deseado propósito del legislador, puesto de manifiesto en la Exposición de Motivos

MÉNDEZ, F.: *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcelona, Bosch, 2000, págs. 610-611).

(96) Ha de señalarse, que el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las exigencias de cauciones, fianzas, depósitos o consignaciones en diversos supuestos. Véase Ss. TC 3/1983; 14/1983; 46/1983; 62/1983; 78/1983; 109/1983; 114/1983; 20/1984; 46/1984; 113/1984; 147/1985; 16/1986; 46/1989; 121/1990; 13/1991; 247/1991; 31/1992; 84/1992; 130/1993; 30/1994; 100/1995.

de la Ley, de "consecución de una tutela judicial que se demore sólo lo justo" (97).

Exigencia inicial de caución como requisito de admisibilidad de la demanda, que ha sido considerado por CACHÓN CADENAS como excesivamente rígido, a pesar de reconocer su loable intención, y ello por entender que hubiere sido preferible otorgar al juez esa facultad de exigencia de caución tanto inicialmente como en un momento posterior, atendiendo al desarrollo de la tercería (98). Si embargo, aun cuando pueda darse que después de admitida la tercería se acuerde la mejora del embargo (art. 598.3), y a pesar de ello no se encuentren bienes en el patrimonio del ejecutado sobre los que llevar a efecto la traba, no consideramos que sea razón suficiente para modificar el criterio inicial del juez que no creyó necesario exigir dicha caución como requisito de admisibilidad de la demanda. La caución debe entenderse condicionada a la existencia de datos o circunstancias que puedan hacer pensar que se interpone desprovista de un fundamento serio y jurídicamente atendible, que requiere de esa prestación de garantía para responder de los posible daños causados. Piénsese, por ejemplo, en un tercerista cuya titularidad alegada proviene de una transmisión a título gratuito, sobre la que pesa una presunción en fraude de acreedores (art. 1297 del Código Civil); o la existencia de relaciones de parentesco entre las personas intervinientes en el contrato que sirve de base a la tercería; o que el precio convenido en las transmisiones efectuadas pudiere aparecer como meramente simbólico. Pero resulta difícil que, una vez admitida, y

(97) La exigencia de una caución para asegurar la indemnización por daños que pudiera ocasionarse, aparece como requisito en otras actuaciones de la nueva Ley. Así, por ejemplo, en el art. 561.3, en caso de recurso contra el auto estimatorio de la oposición a la ejecución cuando el ejecutante solicite el mantenimiento de embargos o medidas de garantía adoptadas; el art. 64.2 para responder de los daños y perjuicios derivados de una declinatoria desprovista de fundamento; el art. 256.3 en el supuesto de diligencias preliminares; el art. 567 daños y perjuicios derivados del retraso que pudiera producir la suspensión por recursos en la ejecución; el art. 566 por suspensión en la ejecución en casos de revisión o rescisión de sentencias firmes, etc.

(98) CACHÓN CADENAS, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento*, t. III, cit., pág. 2.979.

en el desarrollo de la tramitación, pueda verse restringida en su ejercicio por ese condicionante económico que es la caución.

La Ley, señala, por otro lado, la posibilidad de audiencia a las partes antes de decidir la exigencia de caución al tercerista. Audiencia que se deja al arbitrio o buen juicio del tribunal; si bien parece lógico que se opte, con carácter general, por una contradicción anticipada, resolviendo previa audiencia a las partes (99). De manera que el juez pueda fundar su decisión en las alegaciones que cada una de las partes realice en favor de sus propósitos, siendo su decisión el fruto de esa controversia argumental. Por lo que parece lógico, además, que esa ocasión para aducir razones que se ofrece a las partes no sea concediéndolas un plazo común, sino posibilitando la realización de alegaciones sucesivas, dando primeramente traslado al demandado o demandados y, posteriormente, al tercerista, para salvar así la plena contradicción.

a) Caución en dinero efectivo, y otros medios alternativos de garantía

La exigencia legal de prestación de caución o depósito para la posible realización de determinados actos procesales, ha planteado en muchas ocasiones el problema de la forma en que podía válidamente cumplirse, considerándose la posibilidad de utilizar instrumentos distintos de dinero efectivo.

El art. 598.2 establece que la caución podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 529. Artículo, este último, que prevé no sólo la caución en dinero efectivo, sino la posibilidad de prestarla a través de cualquier otro medio que, a juicio del órgano judicial, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate. El legislador acoge de este modo un criterio realista y moderno al aceptar la posibilidad de otros medios de garantía de usual aceptación en el

(99) Como señala CACHÓN CADENAS, salvo en casos muy excepcionales, el juez debe oír previamente a las partes sobre este punto (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento*, t. III, cit., pág. 2.979).

tráfico jurídico, siguiendo así la orientación marcada por la propia doctrina del Tribunal Constitucional, que ya tuvo su reflejo en otras normas procesales anteriores (100).

b) Cuantía de la caución

Establecida la caución como resarcitoria, para indemnizar, reparar o compensar el daño que la tercería pueda producir al acreedor ejecutante, su cuantía debe estar en una previsible relación de igualdad con esos daños que se estimen consecuencia de su interposición. Lo que refuerza ese criterio acerca de la necesidad de audiencia a las partes, previamente a la exigencia al tercerista de que preste caución. Permitiendo no sólo que las partes realicen alegaciones sobre su procedencia o no, sino también que pueda el acreedor ejecutante cuantificar los previsible daños que la admisión de la tercería pudiera ocasionarle.

Pero, además, al suponer la referida caución un condicionante económico para la interposición de la tercería, no podrá ser de una cuantía tan excesiva que suponga un verdadero impedimento al ejercicio del derecho de acción. Aun cuando se vincule a esa finalidad resarcitoria, habrá de adecuarse a las posibilidades económicas de quien debe prestarla, conforme al principio de proporcionalidad. Deberá, pues, conciliarse de modo proporcional los fines legales que la norma en cuestión pretende, con las circunstancias concretas del caso.

*c) Falta de acreditación de la caución constituida.
Posibilidades de subsanación*

La exigencia de condicionar la admisión de la demanda de tercería a que el tercerista preste caución, trae como lógica conse-

(100) Así, el art. 227 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 acogió el aval bancario solidario como medio alternativo a la consignación en metálico para la interposición de recursos. Posibilidad que posteriormente quedó plasmada en el art. 228 del Texto Refundido de la LPL de 1995.

cuencia que su falta de cumplimiento conlleve la inadmisión de la demanda. Lo que lleva a plantearnos si, transcurrido el plazo señalado para llevarla a cabo se produce la preclusión y se pierde la oportunidad de realizar dicho acto, como previenen el art. 136 de la LEC, o si, por el contrario, ha de estimarse el carácter subsanable de la omisión de tal requisito.

La LOPJ vino a mostrar ya un cierto alejamiento respecto de la tradicional inclinación histórica a los formalismos procesales, contemplando la posibilidad de subsanación de los defectos procesales en los arts 11.3 y 243 (101). Señalando el Tribunal Constitucional que el art. 11.3 de la LOPJ, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva, sólo permite desestimar o rechazar por motivos formales las pretensiones de las partes cuando el defecto fuere insubsanable; considerando, además, que el citado precepto de la LOPJ debe entenderse aplicable no sólo a los defectos que en sentido estricto puedan considerarse formales, sino también a todos aquellos defectos u omisiones que permitan subsanación o integración, aunque sean portadores de un significado que pueda exceder del puramente formal (102).

Ahora, el art. 231 de la LEC persiste en la idea de subsanación de los actos procesales de las partes, si bien no fija qué defectos son subsanables y cuáles no; y condiciona la posibilidad de subsanación a que en dichos actos se hubiere manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley. Cuestión que, trasladada al supuesto que nos ocupa, permite mantener que la falta de acreditación documental del cumplimiento de tal requisito, constituye una omisión subsanable, en cuanto es un defecto que admite remedio sin que ello suponga un quebranto de derechos para la otra parte. Si se inadmitiese de plano la demanda por no haber acreditado la caución exigida, supondría una sanción desproporcionada

(101) El art. 243 de la LOPJ ya vino a señalar, aunque de una manera ciertamente limitada, la posibilidad de subsanación de los actos procesales cuando carezcan de los requisitos exigidos por la ley. Si bien queda referida tal posibilidad a los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales.

(102) Ss. TC 180/1987, 18/1988 y 95/1989.

en relación con la irregularidad producida que menoscabaría el derecho a la tutela judicial efectiva.

B) *La falta de contestación a la demanda como admisión de los hechos alegados*

El art. 1541.2 de la LEC de 1881 venía a establecer que cuando los demandados se allanaren o dejaren de contestar a la demanda, el juez debía, sin más trámites, llamar los autos a la vista, con citación de las partes, para sentencia (103). Precepto que, por un lado, dejaba abierto determinados interrogantes en cuanto a la vinculación del juez al allanamiento de las partes (104); y, que por otro lado, no daba a entender claramente si ese párrafo segundo del art. 1541 contemplaba un supuesto de equiparación al allanamiento (entendido por algunos como allanamiento tácito) (105), o si la conducta procesal de los demandados había de considerarse como admisión de los hechos de la demanda. Apreciando, en este

(103) Precepto que contendía una de las efímeras referencias al allanamiento contenidas en la LEC de 1881, junto a la realizada en el art. 523.2, relativo a las costas.

(104) En la antigua doctrina, ya señalaba MANRESA, que el precepto se refería a que el juez dictará sentencia, pero sin señalar que los sería conforme a la pretensión del tercerista, debiendo el juez atenerse, en consecuencia, a lo que resulte de los autos para resolver lo que estime conforme a Derecho. Pues, si la ley obligase al juez a fallar de conformidad con las peticiones de las partes, no habría declarado que la sentencia fuese apelable en ambos efectos. Declaración que revela que la sentencia puede causar perjuicio a alguno de los litigantes, y, por tanto, que el juez no ha de ajustarse a lo que ellos pretendan, sino a lo que entienda que procede en justicia (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. VI, 7.ª edic., Madrid, ed. Reus, pág. 644). Lo mismo se recoge en las viejas notas de PERALES, en las que se decía que de este artículo no se puede deducir cuál sea el contenido de la sentencia (*Notas de Derecho Procesal Civil*, curso 1932-1933, pág. 370)

(105) En este sentido, MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. VI, cit., pág. 644. También la jurisprudencia se ha referido a ese dejar de contestar a la demanda como un allanamiento tácito (*vid. Ss. TS de 22 de octubre de 1991 (RA 7233) y 14 de febrero de 1995 (RA 849)*).

caso, que si los demandados dejaban de contestar a la demanda se producía una admisión tácita de los hechos, que suponía una sentencia estimatoria sólo si los hechos de la demanda daban lugar a la consecuencia jurídica pretendida por el actor (106).

Como pone de manifiesto CARRERAS, la jurisprudencia sacó en ocasiones conclusiones ciertamente erróneas sobre el precepto, al entender que la no contestación a la demanda por ninguno de los demandados equivalía, por disposición expresa de la Ley, a un allanamiento tácito, cuando la distinción debiera hacerse entre allanamiento y admisión tácita. Destacando que la única forma de allanamiento posible es la expresa, y que ante la falta de contestación el juez debería observar si el actor tercerista ha probado los hechos constitutivos de su demanda y con los que justificaba la aplicación de la norma invocada como favorable, y controlar si, dados los hechos como ciertos, cabía o no aplicar dicha norma (107).

Ahora, el art. 602 determina claramente que la falta de contestación se entiende como admisión de los hechos alegados en la demanda; evitando cualquier distinción errónea entre allanamiento expreso y tácito, y fijando la aplicación preceptiva de esa admisión, lo que supone una excepción a la noción generalizada sobre lo que en sí lleva la falta de contestación (108). Dado que, como señala CORTÉS DOMÍNGUEZ, la falta de contestación no implica, como pudiera parecer a simple vista, admisión ni de hechos ni

(106) MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil* (con Cortés Domínguez y Gimeno Sendra), Madrid, Colex, 1996, pág. 497.

(107) CARRERAS, J.: *El embargo de bienes...*, cit., págs. 312-313.

(108) Cfr. art. 496.2 de la LEC, que señala que la declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario. Lo que cabe poner en relación con ese art. 602, respecto a la falta de contestación en la demanda de tercería de dominio, y el art. 618, en relación con la de mejor derecho. Además de los arts. 440.1, párrafo segundo, en cuanto señala que la inasistencia del demandado al acto de la vista en el juicio verbal puede suponer la admisión de los hechos del interrogatorio; y el art. 440.2 que, en relación con el juicio verbal para protección de los derechos reales inscritos en el Registro, equipara la falta de asistencia a la vista con el allanamiento.

de pretensiones. Simplemente hace perder la oportunidad de tomar postura ante la demanda, y que la prueba sólo pueda versar sobre los hechos alegados en ella (109).

Por tanto, frente a esa regla general de nuestro ordenamiento, el legislador ha querido darle una distinta trascendencia a la falta de contestación a la demanda en las tercerías, con la consecuencia característica que la admisión de hechos tiene de verse dispensados de la necesidad de prueba en el proceso, vinculando tales afirmaciones al juez en cuanto a la situación fáctica (110). Ahora bien, para que la falta de contestación haga decaer esa práctica de prueba, el hecho ha de entenderse no controvertido para ninguna de las partes. Por lo que si la demanda de tercería se interpone frente al acreedor ejecutante y frente al ejecutado (art. 600 LEC) han de ser ambos los que dejen de contestar a la demanda para que se entiendan admitidos los hechos y exonerados de esa posibilidad de prueba.

Pero, que se tenga por admitida la certeza de los hechos, y que el juez se vincule en cuanto a esa posición fáctica, no significa que deba necesariamente estimar la demanda. Como apunta MORENO CATENA, el juez debe dictar sentencia estimatoria sólo si los hechos dan lugar a la consecuencia jurídica pretendida por el actor (111). Para que el demandante pueda obtener una sentencia a su favor, que viene a suponer la afirmación de una voluntad normativa, se precisa la existencia de una norma abstracta que se muestre como antecedente, y la consideración procesal de la

(109) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con Moreno Catena y Gimeno Sendra), Madrid, Colex, 2000, pág. 197.

(110) Como señalara CARNELUTTI, la admisión supone la "afirmación de un hecho ya afirmado por la contraparte", entendiendo que tal afirmación vincula al juez en cuanto a la posición del hecho (CARNELUTTI, F.: *La prueba civil* [trad. N. Alcalá-Zamora], Buenos Aires, Depalma, 1982, págs. 8 y 9).

La ausencia de contradicción significa no sólo que no deban ser probados tales hechos (art. 281.3 LEC), sino, como apunta CORTÉS DOMÍNGUEZ, que la ley prohíbe su prueba (*Derecho Procesal Civil. Parte general...*, cit., pág. 241).

(111) MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con Cortés Domínguez y Gimeno Sendra), Madrid, Colex, 2000, pág. 543.

existencia de unos hechos que cumplan la condición establecida en la norma, para extraer la consecuencia jurídica en ella prevista. Los hechos, por tanto, deben tener una aptitud para provocar el resultado pretendido, de tal modo que si el apoyo fáctico que sirve de soporte a la pretensión está privado de producir el efecto deseado, no podrá obtenerse la suplicada consecuencia jurídica.

C) Resolución por medio de auto

El procedimiento de tercería, aun a pesar de sustanciarse por los trámites del juicio ordinario, se resuelve por medio de auto en lugar de sentencia (art. 603). Lo que supone también un cambio respecto de la regulación anterior, aunque sea puramente formal (112), y una especialidad procedimental, en cuanto que la resolución que pone fin a la tramitación ordinaria de este juicio adquiere la forma de auto. Lo que encuentra su sentido si consideramos la tercería una cuestión incidental dentro del proceso principal, para cuya resolución la Ley reserva la forma de auto (113). Lo que supone, de algún modo, incidir en esa negación del carácter de pretensión autónoma que tiene la tercería, dándole una carácter puramente procesal.

Resolución cuya característica más importante es que su esencial pronunciamiento va dirigido a determinar la procedencia o no del embargo, a los efectos de la ejecución en curso, y sin que produzca efectos de cosa juzgada en cuanto a la titularidad del bien (114). Aspectos sobre los que nos detendremos al tratar de los efectos de la tercería.

(112) Cfr. art. 1541 LEC de 1881.

(113) Art. 245.1 b) LOPJ y 206.2.ª LEC, sobre las clases de resoluciones judiciales. Por su parte, el 387 de la LEC fija la noción de cuestiones incidentales, entendidas como aquellas que siendo distintas de la que constituya el objeto principal del pleito guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el pleito.

(114) Ausencia de cosa juzgada sobre la que ha venido a decirse que "resulta muy discutible dogmática y prácticamente" (SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *La ley 1/2000 sobre enjuiciamiento civil*, Barcelona, Bosch, 2000, pág. 86).

VIII. RESOLUCIÓN Y EFECTOS

1. Resolución sobre la tercería

En lo tocante a la resolución sobre la tercería de dominio, la nueva Ley de Enjuiciamiento ha introducido otra importante modificación, que aparece recogida en el art. 603. Aparte de la ya referida innovación formal, de que la resolución que decide definitivamente la tercería sea un auto (en lugar de una sentencia como hasta ahora eran resueltas las tercerías), resulta de mayor entidad la introducción en ese precepto de que dicha resolución no produce efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien (115). Específica referencia a la cosa juzgada que no aparecía en los textos del Anteproyecto y Proyecto de Ley, que se limitaban a señalar que el pronunciamiento sería "a los únicos efectos de la ejecución en curso". Sería a raíz de una Enmienda del Grupo Parlamentario Catalán (116) cuando se añadiese ese inciso final al art. 605 del Proyecto de Ley, tratando de precisar con detalle el alcance de la cosa juzgada en las tercerías de dominio.

En cuanto al contenido de la resolución final, señala el apartado primero del art. 603 que el auto se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo. Lo que supone resolver la procedencia en Derecho del mantenimiento o alzamiento del embargo, que constituye el ámbito de conocimiento de la decisión judicial por ser el objeto propio de la tercería. Lo que no excluye esa necesidad de analizar y decidir sobre la pertenencia del bien, pero como base de aquel pronunciamiento y a los solos efectos de la ejecución, como la misma norma indica. Además, el alzamiento del embargo conlleva la lógica extinción de las medidas de garantía que pudieran haberse acordado con relación a los bienes

(115) Sobre lo que se ha dicho que resulta muy discutible dogmática y prácticamente (SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *La Ley 1/2000...*, cit., pág. 86).

(116) *BOCG, Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 147-9, 26 de marzo de 1999, pág. 551.

afectados por la tercería; ordenándose, en su caso, la cancelación de anotaciones preventivas, o dejando sin efecto la orden de retención, el depósito constituido, o la administración judicial acordada (117). Lo que supone, atendiendo a la medida, la procedente devolución de las cantidades ingresadas o transferidas a la Cuenta de Depósitos y Consignaciones (cfr. art. 621 y 622.1 LEC), la entrega al ejecutado de los bienes depositados (cfr. art. 627.1 LEC), o la exigencia al administrador judicial de la cuenta final justificada (art. 633).

2. Efectos de la tercería

En este punto ha de distinguirse entre aquellos que siguen por virtud de la admisión de la demanda, de los producidos por su resolución.

A) Efectos de la admisión

En primer lugar, la admisión de la tercería supone la suspensión de la ejecución respecto al bien a que se refiera (art. 598.1) (118); criterio que ya aparecía anteriormente recogido en los arts. 1535 y 1542 de la LEC de 1881. Además, el art. 696.2 admite de modo expreso como causa de oposición del procedimiento de ejecución hipotecaria la admisión de la demanda de tercería. Lo que permite resguardar la eficacia de la resolución que llegue a recaer en el procedimiento de tercería, que de otra manera podría resultar carente de valor o efecto. No obstante, ha de señalarse que aun cuando se acuerde dicha suspensión, existe la posibilidad de que se practiquen

(117) Pronunciamientos a los que expresamente hace referencia el art. 604 de la LEC.

(118) Cfr. art. 565.1 de la LEC, que establece la regla general de que la ejecución sólo se suspenderá en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución

las medidas de garantía ya acordadas y que, además, se adopten otras. Pues, tal como establece el art. 565.2 de la LEC, la suspensión de la ejecución no menoscaba tal facultad.

Por otro lado, la sola admisión de la tercería es razón suficiente para que el tribunal, a instancia de parte, ordene, mediante providencia, la mejora del embargo (art. 598.3 LEC). Precepto que se sustenta sobre la lógica incertidumbre que genera la tercería, al crear una situación procesal que podría concluir con el alzamiento del embargo trabado sobre los bienes a que ella hace referencia. La Ley concreta en este supuesto el genérico criterio del cambio de circunstancias que permite dudar de la suficiencia del bien embargado, y posibilita solicitar la mejora del embargo (cfr. art. 612 LEC).

En cuanto a la solicitud de mejora y su adopción, no fija la Ley ni un momento ni un procedimiento para llevarla a cabo. Por lo que ha de entenderse, en primer lugar, que podrá solicitarse no sólo en el momento inicial de admisión, sino durante cualquier momento de la pendencia de la tercería e, incluso, con más razón, una vez resuelta si ésta es estimatoria. En cuanto a la resolución de la petición, ha de considerarse que el juez tiene aquí poco margen de valoración, al objetivar la Ley el criterio del cambio de circunstancias que permiten decretar la mejora. Por ello, salvo que se entendiere que, aun en el supuesto de triunfar la tercería, el valor de los bienes embargados cubriría la cantidad por la que se hubiere despachado ejecución, el juez deberá decretar dicha mejora. Para lo que tampoco establece la Ley que deba darse audiencia al ejecutado. Si bien, partiendo de que la tercería puede haberse dirigido sólo frente al ejecutante; y que, pese a lo ya mencionado sobre la necesidad de notificación al ejecutado, éste puede no haber intervenido, estimamos necesario salvaguardar la oportuna contradicción y defensa dando audiencia al deudor (119).

(119) Cfr. CACHÓN CADENAS, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento...*, t. III, cit., pág. 3086, quien considera necesario, en cualquier caso de mejora, la audiencia previa al ejecutado para resolver sobre la petición.

B) Efectos de la resolución

Ya ha quedado señalado que el Auto que resuelve sobre el fondo de la tercería se pronuncia acerca de la procedencia del embargo, lo que supone decidir sobre su mantenimiento o alzamiento. En el supuesto de desestimación de la tercería, podrá seguirse adelante, en su caso, con la realización forzosa del bien a que ella se refería; y, además, si se hubiese ordenado la mejora del embargo como consecuencia de la admisión de la tercería, el ejecutado podrá solicitar la reducción del mismo. Lo que deberá acordar el juez si no concurren otras circunstancias que hagan dudar de la insuficiencia de los bienes embargados en relación con la exacción de su responsabilidad (cfr. arts. 584 y 612).

En caso de estimación de la tercería, ya ha quedado referido, también, que el alzamiento del embargo conlleva la extinción de las medidas de garantía acordadas. Teniendo como consecuencia, según hubiese sido la medida adoptada, la cancelación de las anotaciones preventivas; la devolución de las cantidades ingresadas o transferidas a la Cuenta de Depósitos y Consignaciones; la entrega al ejecutado de los bienes depositados; y la exigencia al administrador judicial de la cuenta final justificada.

Efectos todos ellos, que se circunscriben al proceso en curso, en tanto que resolución de una incidencia en él surgida, y referidos al estricto pronunciamiento sobre alzamiento o mantenimiento del embargo. Pues, como ha quedado igualmente dicho, las declaraciones hechas acerca de la titularidad sobre el bien o los derechos opuestos al embargo no producen efectos de cosa juzgada. Esas declaraciones sirven únicamente para fundamentar la decisión adoptada en orden al alzamiento o no del embargo, sin alcanzar otros efectos jurídico-materiales. Lo que permite un procedimiento futuro donde se debata precisamente el tema de la

Ha de considerarse, además, que el art. 733.1 establece como principio general el que el tribunal provea a la petición de medidas cautelares previa audiencia al demandado; optando así por un sistema de contradicción anticipada.

titularidad alegada, sin que, además, el órgano judicial se encuentre vinculado por lo resuelto en la tercería (120). De aquí que pueda darse la situación de que levantada la suspensión de la ejecución se siga adelante con la realización forzosa del bien, y que luego, en un proceso declarativo posterior el tercero pretenda el reconocimiento de la titularidad sobre el bien. Se plantea, en tal caso, cómo garantizar la efectividad de la resolución que en su día pudiera dictarse, a fin de evitar perjuicios irreparables. En este sentido, es posible entender que, aunque proceda el alzamiento de las medidas de garantía acordadas en caso de estimarse la tercería, el tercerista solicite que no se alcen de inmediato. De manera, como señala CACHÓN CADENAS, que los bienes sigan a disposición del órgano judicial el tiempo indispensable para que el tercerista solicite las oportunas medidas cautelares en el proceso que se proponga entablar (121).

De igual forma, en caso de estimarse la tercería, el ejecutante podrá promover un posterior proceso declarativo para intentar reintegrar al patrimonio del ejecutado los bienes cuya traba se hubiese alzado, ejercitando cualquiera de los medios de protección del crédito que el ordenamiento jurídico establece. Lo que permite también concluir en la posibilidad de que el ejecutante pida al juez que los bienes embargados sigan a disposición del órgano judicial por el tiempo indispensable para obtener las medidas cautelares oportunas en el correspondiente proceso (122).

Pero, siendo claro que cualquiera de los sujetos podrá entablar con posterioridad a la tercería un proceso declarativo, cabe

(120) Sobre los efectos negativo y positivo de la cosa juzgada, y su regulación en la nueva Ley, puede verse DAMIÁN MORENO, J.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I..., cit., págs. 1.441 y ss.

(121) CACHÓN CADENAS, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento...*, t. III, cit., pág. 2.989.

(Cfr. art. 730.2 de la LEC, sobre la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de la demanda por razones de urgencia y necesidad).

(122) CACHÓN CADENAS, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento...*, t. III, cit., pág. 2.995.

asimismo pensar en la posibilidad de que el tercero no espere a que la tercería sea resuelta para defender sus derechos en un proceso declarativo con plenitud de efectos de cosa juzgada. Se ha entendido, en tal caso, que si recae sentencia firme antes de que tenga lugar la transmisión del bien, el efecto positivo de la cosa juzgada extiende sus efectos al proceso ejecutivo, debiendo procederse al alzamiento del embargo trabado. Y, en cualquier caso, si se trata de bienes cuyo dominio sea susceptible de inscripción registral, podrá solicitarse la anotación preventiva de la demanda del proceso declarativo entablado, para evitar así que el posible adjudicatario pueda ampararse en la fe pública registral (123).

C) Prohibición de segundas o ulteriores tercerías

El art. 597 de la LEC establece la imposibilidad de ejercicio de segundas tercerías, fundadas en títulos o derechos que poseyera el que la interpone al tiempo de formular la primera. Exclusión de posteriores tercerías que figuró ya en la Base 14 de la Ley de 21 de junio de 1880, para la Reforma Civil, que fijaba como principio absoluto el de no permitir "en ningún caso segunda tercería, ya de dominio, ya de preferencia, que se funde en títulos o derechos que poseyera el tercerista al tiempo de formular la primera". Principio que fue recogido en el art. 1538.1 de la LEC de 1881, que reprodujo casi literalmente lo ordenado en aquella base 14, y que ahora ha pasado a ese art. 597 de la nueva Ley (124).

Tal precepto tiene como finalidad evitar los posibles abusos que pudieran surgir al presentarse sucesivas tercerías por una misma persona dentro de un mismo proceso, obrando de mala fe, con

(123) Vid. CACHÓN CADENAS, M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, t. III, cit., pág. 2.959.

(124) Cfr. art. 614.2 de la LEC, respecto de la prohibición de segunda tercería de mejor derecho, "que se funde en títulos o derechos que poseyera el que la interpone al tiempo de formular la primera".

el ánimo de retrasar el pago al acreedor (125). De esta manera, el tercerista deberá proponer de una vez todas sus pretensiones de alzamiento de embargo en relación con un bien, sin que pueda reservar su ejercicio para tercerías futuras, pues el efecto preclusivo impide que pueda volver a plantearse aquello que, pudiendo alegarse, no se alegó. Pero, además, si se trata de ajustar la actuación de las partes a unos criterios de probidad que la Ley proclama como exigencia de su conducta, también resulta exigible que si son varios los bienes embargados sobre los que se pretende su alzamiento, la tercería inicial se refiera a todos ellos, evitando sucesivas tercerías. La necesidad de respeto a las reglas de la buena fe que la Ley impone en su art. 247, permite que el juez rechace fundadamente las peticiones e incidencias que se formulen con manifiesto abuso de derecho. Lo que permitirá, en algunos casos, apreciar que ese encadenamiento de tercerías referidas a distintos bienes constituye un abuso de derecho que lleve a un rechazo fundado (126).

Por otro lado, la Ley señala que "no se permitirá, en ningún caso, segundas o ulteriores tercerías", pero no establece su rechazo de plano, lo que plantea si puede o no el juez repeler *a limine judicii* esas posteriores tercerías. Ante tal falta de previsión expresa sobre su inadmisión, ha de estarse a lo preceptuado en el art. 403, que establece que las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley. Por ello, si el tercerista acompaña a la demanda su título parece que el juez deberá admitirla, siendo al demandado a quien corresponda oponerse a su admisión. Tal era el sentido que ya aparecía reflejado en el art. 1538.2 de la LEC de 1881, que señalaba que la o-

(125) Vid. MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento...*, t. VI, cit., pág. 637.

(126) En este sentido, apunta CACHÓN CADENAS, que "el juez debería tener en cuenta el abuso de derecho en que pueda haber incurrido el tercero, a efectos, cuando menos, de la exigencia de caución previa a que se refiere el art. 598.2 de la LEC" (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento...*, t. III, cit., págs. 2.975-2.976).

sición que por tal causa se hiciera a la admisión de la demanda, podría sustanciarse por los trámites de las excepciones dilatorias. Lo que permitía formular la oposición como cuestión previa o en la contestación en la demanda. Hoy, al sustanciarse la tercería por los trámites del juicio ordinario, dicha oposición deberá hacerse valer en la contestación a la demanda, examinándose y resolviéndose en la audiencia previa al juicio como cuestión procesal que obsta a la prosecución del proceso.

LA TERCERÍA DE MEJOR DERECHO

I. INTRODUCCIÓN

En la actual Ley, las tercerías de dominio y de mejor derecho pasan a regularse por separado, aunque conservan ciertas analogías de procedimiento que llevan a una parcial repetición de normas. Razón por la que algunas cuestiones han sido ya expuestas al comentar los preceptos referidos a la tercería de dominio, a las que ahora tenemos necesariamente que remitirnos.

La existencia de créditos a los que el ordenamiento otorga la cualidad de preferentes, hace necesaria la existencia de cauces procesales a través de los cuales el tercero acreedor puede hacer valer esa preferencia de su crédito en el proceso de ejecución. Este medio es la tercería de mejor derecho o de preferencia, que se concreta básicamente, como apunta MORENO CATENA, en la discusión y confrontación del título que documenta el crédito del tercerista con el del ejecutante, frente al deudor común (127). Sin que ello suponga la concurrencia de unos acreedores en la ejecución que tratan de satisfacer sus créditos conjuntamente con el ejecutante, aun cuando puedan darse una pluralidad de tercerías de mejor derecho en la misma ejecución impulsadas por una diversidad de acreedores que afirmar un crédito preferente.

(127) MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil* (Con Cortés Domínguez y Gimeno), Madrid, Colex, 1996, pág. 519.

II. OPORTUNIDAD TEMPORAL PARA EL EJERCICIO DE LA TERCERÍA

1. "*Dies a quo*" para el ejercicio de la tercería de mejor derecho

Lo mismo que hemos visto para el ejercicio de la tercería de dominio, la de mejor derecho se contiene también entre unos límites temporales. Si ya el art. 1533 de la LEC de 1881 establecía la posibilidad de deducir las tercerías en cualquier estado del juicio ejecutivo, fijando sólo la inadmisibilidad a partir de determinado momento, la nueva LEC ha venido a diferenciar el término inicial de interposición de la demanda en razón de la preferencia invocada por el tercerista: general o especial. Si la preferencia alegada es especial, es decir, referida a determinados bienes muebles o inmuebles, la tercería podrá ejercitarse desde que el bien a que la preferencia se refiere ha sido embargado. Si la preferencia fuese general (independientemente de cuáles sean los bienes que se embarguen) la tercería puede ejercitarse desde que se despache la ejecución. Justificada diferenciación entre preferencias generales y especiales, en tanto que si la preferencia se refiere a uno o varios bienes determinados (preferencia especial) sólo desde el momento en que esos bienes han sido trabados el tercero tiene un interés en que se le reconozca la alegada prioridad que ostenta, excluyendo el derecho que el ejecutante tiene al cobro de su crédito con el producto de lo obtenido por la realización de esos bienes embargados. Por el contrario, si la preferencia alegada por el tercerista es general, es decir, referida a cualquier bien embargado o que pueda embargarse, la tercería puede interponerse desde el mismo momento en que se despache ejecución, pues desde ese momento tiene un legítimo interés en que se declare la preferencia que ostenta.

Con relación a la tercería de mejor derecho en caso de embargos preventivos, el art. 729.1 niega su admisibilidad, salvo que la interponga quien en otro proceso demande al mismo deudor la entrega de una cantidad de dinero. Norma cuya razón de ser no resulta fácil entender, máxime si ha de interpretarse en el sentido

de que la interposición de la demanda contra el mismo deudor ha de ser concurrente con el planteamiento de la tercería de mejor derecho. No obstante, cabe pensar que no será necesaria esa contemporaneidad en la tramitación del otro procedimiento, pudiendo ser que el tercerista tenga ya una sentencia firme a su favor en que se reconozca ese crédito que opone como preferente, y en cuyo proceso ha sido condenado el deudor común.

2. "*Dies ad quem*" para formular la tercería de mejor derecho

El ejercicio de la tercería de mejor derecho queda sujeta, como hemos dicho, a unos límites temporales. La antigua LEC de 1881 señalaba la inadmisibilidad de la demanda después de realizado el pago al acreedor ejecutante (art. 1533.3 de la LEC), lo que suponía fijar el término final en el momento en que se había hecho efectiva la entrega de la suma dineraria al acreedor ejecutante, o se realizaba la adjudicación del bien en pago de la deuda reclamada. La jurisprudencia venía mantenido que siendo la adjudicación una forma de pago legalmente prevista, no podía admitirse la tercería de mejor derecho una vez resultaban adjudicados al ejecutante, en pago de su crédito, los bienes embargados. Materializado el pago precluía la posibilidad de interposición de la tercería de mejor derecho.

Tal criterio del antiguo art. 1533.3, interpretado conforme a la jurisprudencia indicada, ha sido ahora recogido en el art. 615.2, contemplando ambas posibilidades: la recepción efectiva del dinero metálico, y la entrega de los bienes por habérselos adjudicado en pago. Lo que supone que, aun después de la aprobación del remate, si no se ha materializado el pago al acreedor ejecutante, cabe el ejercicio de la tercería. Ello, sin distinguir la preferencia alegada, que afecta sólo, por lo que aquí interesa, al *dies a quo*; dando igual que la adjudicación en pago sea de bienes determinados a que se refiere la preferencia, o se trate de una prioridad general.

En cuanto a la referencia que el art. 615.2 de la LEC hace a la adquisición de titularidad de los bienes conforme a lo dispuesto en la legislación civil, habrá de estarse a lo dispuesto en los arts. 609 y 1462 y siguientes del Código Civil, distinguiéndose según la naturaleza mueble o inmueble del bien adjudicado. Cuando se trate de un bien mueble, la entrega de la cosa consuma la traslación del dominio, por tanto, a partir de ese momento precluiría la posibilidad de ejercicio de la tercería. Por el contrario, tratándose de bienes inmuebles, parece que la extemporaneidad para hacer valer la prioridad crediticia ha de quedar referida a la expedición del testimonio a que se refiere el art. 674, momento en que se entiende consumada la transmisión (128).

III. EL PROCEDIMIENTO DE TERCERÍA DE MEJOR DERECHO

1. Cauce procesal

La demanda de tercería de mejor derecho se sustanciará, en todo caso, por los cauces del juicio ordinario, con independencia de cual sea el importe del crédito cuya preferencia hacer valer el tercerista. Si bien inicialmente se pensó en el juicio verbal con tramitación escrita, la desaparición de tal procedimiento durante los trabajos parlamentarios llevó al legislador a optar por el cauce procedimental del juicio ordinario. Elección que no parece la más adecuada, si pensamos en el carácter estrictamente incidental de la tercería, limitando los efectos de la sentencia a la ejecución en que aquella recaiga, pero sin prejuzgar otras acciones que a cada uno pudieran corresponder (art. 620.1). Por lo que ha llegado a pensarse, incluso, que hubiera sido una solución más adecuada fijar un procedimiento *ad hoc* con alegaciones iniciales escritas seguidas de inmediata citación para la vista (129).

2. Acompañamiento de un principio de prueba con la demanda

Lo mismo que para la tercería de dominio, la LEC exige que a la demanda de tercería de mejor derecho habrá de acompañarse un principio de prueba del crédito que se afirma preferente, sin lo cual la demanda no será admitida, precluyendo la aportación de los títulos que puedan fundar el derecho del tercero precisamente con la presentación de la demanda, pues no se permitirá segunda tercería que se funde en títulos o derechos que poseyera el que la interponga al tiempo de formular la primera (art. 614).

Justificación *prima facie*, sin la cual no se admitirá la demanda. Si bien, el artículo 614, a diferencia de lo previsto en el art. 596.2, no establece como consecuencia de la falta de acompañamiento el rechazo de plano de la demanda sin sustanciación alguna, sino la inadmisión de la misma. Con lo que se trata, más claramente, de un requisito de admisibilidad de carácter subsanable que permite que el juez deje en suspenso la admisión hasta tanto quede cumplido, dándole posteriormente el curso que corresponde. No sabemos si se trata de un diverso tratamiento conscientemente querido por el legislador, o si es un descuido, al no tener presente la tajante sanción que para el caso semejante de la tercería de dominio se prevé.

Por lo demás, hemos de remitirnos a lo ya dicho al tratar de la tercería de dominio, y en particular al significado de esa inicial justificación, cuyo sentido no es hacer plena prueba sobre la calificación del crédito, sino permitir el ejercicio de la pretensión que se ejercita.

3. Legitimación pasiva y litisconsorcio

Nuestra legislación procesal había exigido tradicionalmente que las demandas de tercería se dirigiesen frente a ejecutante y ejecutado. Así, el art. 998 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 ya establecía que "las tercerías se sustanciarán con el ejecutante y ejecutado", manteniéndose dicha norma en la posterior

(128) CACHÓN CADENAS, M: *Comentarios...* T. III, cit., pág. 3.126-3.127.

(129) VEGAS TORRES, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con De la Oliva, Díez-Picazo y Banacloche), Madrid, Civitas, 2001, págs. 1.043 y 1.080.

legislación de 1881, cuyo art. 1539 se interpretó por la doctrina como un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario por exigencia o determinación de la Ley procesal.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha diferenciado la legitimación pasiva según que el tercerista disponga o no de título ejecutivo, y sólo deberán ser demandados ejecutante y ejecutado en los casos en que el crédito cuya preferencia alegue el tercerista no conste en título ejecutivo. Distinto tratamiento que ha tratado de justificarse alegando que cuando el tercerista tiene un título ejecutivo, el objetivo único de la tercería es dilucidar el tema de la prelación del crédito del tercerista respecto del ejecutante, cuestión en la que sólo tiene interés este último (130). Pero bien puede afirmarse, como señala FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, que quizá la Ley haya ido algo lejos al exonerar del deber de demandar al ejecutado cuando el tercerista tenga ya un título ejecutivo (131). Pues, si bien puede pensarse que al tercerista le cabe la tutela de su crédito a través del proceso de ejecución frente al ejecutado, tal posibilidad permite la oposición que la Ley contempla. Por ello, que la Ley no exija que en todo caso las demandas de tercería se sustancien con el ejecutado, no impide su presencia voluntaria en el proceso (art. 617.2), permitiendo de este modo que formule la oposición a la ejecución frente al tercerista que prevén los arts. 556 y siguientes de la LEC. Intervención voluntaria respecto de la que, por otro lado, cabe hacer las mismas consideraciones que ya quedaron señaladas para las tercerías de dominio, en particular lo referente a la notificación de la demanda de tercería al demandado, aun cuando no estuviese personado en la ejecución.

4. *Efectos de la no contestación*

En la tercería de mejor derecho, lo mismo que se prevé para la tercería de dominio, la falta de contestación a la demanda se

entiende como admisión de los hechos alegados en la demanda. Ambos preceptos (arts. 602 y 618) presentan una similar redacción, por lo que cabe trasladar aquí lo ya dicho para la tercería de dominio. Si el demandado, o ambos, en caso de serlo ejecutante y ejecutado, dejaren de contestar a la demanda se produce la consecuencia de entender que admiten los hechos, lo que conlleva que el juez dicte una sentencia estimatoria, pero sólo si los hechos de la demanda dan lugar a la consecuencia jurídica pretendida por el actor (art. 618). En consecuencia, como ya quedó indicado, no basta la no contestación para que la pretensión del tercerista prospere.

5. *Allanamiento y desistimiento del ejecutante*

Para el caso de allanamiento o desistimiento del ejecutante, la Ley contiene unas normas especiales que prevén las consecuencias de ambas instituciones procesales, distinguiendo según que el tercerista tenga o no título ejecutivo. Pero, al margen de las consideraciones que puedan realizarse sobre esa distinción que la Ley hace, el art. 619 incorpora una novedad digna de resaltar respecto del pago de las costas procesales. La Ley concede al acreedor ejecutante un derecho para que se reembolse, incluso con preferencia al tercerista, de las 3/5 partes de las costas y gastos originados, entendiéndose que es el tercerista quien obtiene un beneficio de la ejecución en curso. Norma que encuentra su equivalencia en el art. 620.2, para aquellos casos en que la sentencia estime la tercería de mejor derecho, aun sin allanamiento o desistimiento del ejecutante. Previsión que resulta especialmente importante en aquellos supuestos en que la cantidad que llegue a percibirse no alcance para satisfacer la integridad del crédito del acreedor preferente.

6. *Intervención del tercerista en el proceso de ejecución*

La nueva LEC ha venido a admitir la posibilidad de que el tercerista intervenga en la ejecución iniciada, distinguiendo según su crédito conste en un título que lleve aparejada ejecución, o carezca

(130) VEGAS TORRES, J.: *Comentarios*, cit., págs. 1.080-1.081
(131) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A.: *Comentarios...*, T. III, cit., pág. 2.949.

de título ejecutivo. En el primer caso, el tercerista podrá intervenir en la ejecución desde que se admita la demanda, en otro caso, sólo puede intervenir desde que la demanda fuera estimada (art. 616.2). Diferente trato que cabe justificar atendiendo a la fehaciencia jurídica que resulta del título, lo que no se da en el caso de títulos no ejecutivos, donde la existencia del crédito no resulta cierta hasta la estimación de la demanda tras el proceso de cognición.

La razón que puede inclinar al tercero a intervenir en el proceso de ejecución es la defensa de sus propios intereses, al entender que el ejecutante puede desinteresarse en su actividad al aparecer un tercero que presenta un crédito preferente al suyo, de modo que sea aquél quien impulse las actividades ejecutivas. Por ello, aun cuando la Ley no señale cuál es la cualidad o facultades del tercerista interviniente en la ejecución, ha de entenderse que lo hace en calidad de ejecutante, con las facultades propias de esa posición procesal.

7. Resolución de la tercería. Existencia del privilegio y orden en que los créditos han de ser satisfechos

Ha de indicarse, finalmente, que el procedimiento de tercería de mejor derecho se resuelve por medio de sentencia, que, a los solos efectos de la ejecución en curso, resolverá sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos deben ser satisfechos en la ejecución en que aquella sentencia recaiga, pero sin prejuzgar otras acciones que a cada uno pudiera corresponder, especialmente las de enriquecimiento (art. 620.1).

A diferencia de la tercería de dominio, que, como ya se ha señalado, es resuelta mediante auto que no produce efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien, la resolución que pone fin al procedimiento de tercería es una sentencia con plenitud de efectos de cosa juzgada sobre aquello que es su objeto propio: la existencia del privilegio y el privilegio (132). Dejando a salvo

(132) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A.: *Comentarios...*, T. III, cit., pág. 2.955

cualquier otra acción que pudiera corresponder a cada uno, especialmente la de enriquecimiento injusto; lo que permite entender que en estos casos de un posterior proceso, al margen del de ejecución, no se producirá ese efecto de cosa juzgada. Cuestión que lleva de nuevo a plantearse si es adecuada esa sustanciación por los cauces del juicio ordinario, cuando después queda abierta la posibilidad de un proceso posterior.

En cuanto al pronunciamiento sobre la existencia del crédito y el orden en que estos han de ser satisfechos, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, la existencia del crédito, la liquidez y su exigibilidad, fijándose la preferencia según lo establecido en el Código Civil (arts. 1921 a 1929) y demás leyes sectoriales que establecen privilegios crediticios. En caso de estimarse la tercería, el crédito del tercero será satisfecho antes que el del acreedor ejecutante, pero con esa prioridad a la que ya hemos aludido en cuanto al pago de las costas al ejecutante. Además, si la preferencia se ha hecho valer respecto de un determinado bien embargado (art. 615.1) la primacía para el cobro lo será respecto a lo recaudado por la realización de dicho bien, y no frente a otros distintos.

8. Las costas

La sentencia que resuelve la tercería ha de pronunciarse, lógicamente, sobre las costas, que responden al criterio objetivo del vencimiento, diferenciando el art. 620 según la conducta adoptada por el ejecutante y ejecutado frente a la demanda.

Pero, aparte de ese criterio sobre la imposición de costas, la Ley vuelve a insistir sobre la participación del tercerista en lo que son los costes de la ejecución. Se entiende que el ejecutante ha tenido que soportar unos gastos de los que tiene derecho a ser reembolsado, al menos en parte; por ello el destino de lo recaudado va dirigido en primer lugar al abono al ejecutante de esa parte de las costas. No se entregará al tercerista, dice la Ley, cantidad alguna procedente de la ejecución mientras no se hayan satisfecho al ejecutante las tres quintas partes de las costas causadas hasta

ese momento (art. 620.2). Previsión que, aun cuando pueda entenderse que parte de una razonable ponderación de costes, y no plantea mayor problema cuando lo recaudado es suficiente para satisfacer esa parte de las costas y el crédito del tercerista, resulta más discutida cuando lo obtenido no sea suficiente para satisfacer el crédito del acreedor privilegiado. Esta norma procesal parece crear un privilegio respecto de esos costes, al margen de lo que son las normas sustantivas de prelación de créditos, de modo que antes de satisfacer el crédito privilegiado del tercerista habrá de reembolsarse al ejecutante por esos gastos realizados.

VÍAS ALTERNATIVAS A LA SUBASTA JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN FORZOSA

Juan Ángel Moreno García
Magistrado

VÍAS ALTERNATIVAS A LA SUBASTA JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN FORZOSA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ACTUACIONES PREVIAS A ESTAS FORMAS DE REALIZACIÓN: 1. Certificado de dominio y cargas. 2. Valoración de los bienes: A) Valoración por acuerdo de las partes. B) Valoración por perito. C) Designación del perito. D) Aceptación del cargo y realización del avalúo. E) Intervención de las partes y terceros en el avalúo. F) Determinación del valor del bien. III. CONVENIO DE REALIZACIÓN Y EJECUCIÓN POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA: 1. Generalidades. 2. Ámbito objetivo. IV. CONVENIO DE REALIZACIÓN: 1. Características. 2. Legitimación. 3. Procedimiento. 4. Convocatoria de la comparecencia. 5. Legitimación para comparecer. 6. Celebración de la comparecencia. 7. Terminación por acuerdo. 8. Efectos. 9. Incumplimiento del convenio. 10. comparecencia sin acuerdo. V. REALIZACIÓN POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA: 1. Características. 2. Designación y requisitos de la persona o entidad especializada. 3. Resolución judicial. 4. Caución. 5. Condiciones, forma y plazo de realización. 6. Efectos de la adjudicación. VI. EFECTOS COMUNES AL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO Y A LA REALIZACIÓN DEL BIEN POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA: 1. Inscripción en el Re-

gistro de la Propiedad y cancelación de cargas. 2. Entrega de la posesión del bien y terceros ocupantes. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la tutela judicial efectiva que se consagra en el art. 24 de la Constitución al señalar "Todos tienen derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión", no se agota en todos los procesos con la sentencia que se dicte, dado que es necesario su ejecución, pues como ha venido señalando de forma reiterada el Tribunal Constitucional el cumplimiento de las sentencias forma parte integrante de dicho derecho fundamental, así la STC 2.^a, S 13-11-2000, núm. 266/2000, señala: "En primer lugar, hemos declarado con tanta reiteración que excusa la cita de las anteriores decisiones que una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 CE reconoce a todos consiste en que las resoluciones judiciales firmes tengan, en los propios términos de sus fallos, la eficacia que nuestra Constitución (art. 118 CE) y el resto del Ordenamiento jurídico les otorgan. Correspondiendo a los Tribunales velar por su cumplimiento, en el ejercicio de la función jurisdiccional que el art. 117.3 les atribuye. Si bien hemos precisado, en segundo término, que cuando de la ejecución provisional de las Sentencias se trata no estamos ante un derecho fundamental directamente comprendido en el art. 24.1 CE sino ante un derecho de configuración legal que el legislador puede establecer sometiéndolo a determinados requisitos y garantías, dictados tanto en interés de una buena administración de la justicia como en orden a la adecuada protección de los intereses de las partes en el proceso (SSTC 80/1990, de 26 de abril, 87/1996, de 21 de mayo, y 105/1997, de 2 de junio)". Y la STC 1.^a, S 14-06-1999, núm. 106/1999: "El deber de observar el principio de inmodificabilidad de las Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes, consecuencia de la garantía

procesal de la cosa juzgada material (SSTC 77/1983, 135/1994 y 80/1999, entre otras), ha sido reiteradamente considerado por la doctrina de este Tribunal como integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (SSTC 39/1994 y 92/1998). Mientras el derecho a la ejecución de lo juzgado es obligada consecuencia de la necesaria eficacia de la tutela judicial, el derecho a que esa ejecución se lleve a cabo "en sus propios términos", es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce en un derecho subjetivo del justiciable que "actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las Sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley" (STC 119/1988, fundamento jurídico 3.º)".

El art. 206.3 de la Ley establece que la sentencia es la resolución que supone la terminación normal del proceso, pero ello no implica que la actuación judicial haya terminado de forma general y en todo tipo de procesos una vez dictada la sentencia, si bien esto puede predicarse con carácter general con relación a los procesos en los cuales se ejercita una acción declarativa, por el contrario cuando se ejercita una acción de condena y la sentencia que se dicte estime la pretensión formulada, es necesario realizar después del proceso una actividad jurisdiccional a fin de ejecutar lo juzgado con el fin de dar cumplimiento a la sentencia, mediante el proceso de ejecución a fin de satisfacer el derecho reconocido al actor en la sentencia, bien sea mediante la entrega de un determinado bien al ejecutante, o a través de la realización de una prestación.

Cuando la condena implique la obligación del deudor y condenado de proceder a realizar una prestación de carácter dinerario, y no proceda a su cumplimiento de forma voluntaria, ha de procederse a la ejecución forzosa de sus bienes.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el único procedimiento de realización de bienes muebles e inmuebles que regulaba, salvo alguna especialidad bien por tratarse de dinero metálico o títulos, en los cuales se procede a la entrega al ejecutante o mediante su realización en un mercado oficial, con independencia que el procedimiento de ejecución sea general, o especial:

ejecución hipotecaria, etc., era la subasta judicial de los bienes embargados.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 introduce dos vías alternativas a la subasta judicial como medio de realización forzosa de los bienes, no siendo en la nueva Ley el único medio de ejecución, ni siquiera el principal, regulándose con carácter subsidiario a los otros dos medios de realización forzosa que se introducen: realización mediante acuerdo entre los interesados, o realización del bien por persona o entidad especializada.

Estas innovaciones se justifican en la propia exposición de motivos al señalar "que la ley abre el camino a vías de ejecución forzosa alternativas que en determinadas circunstancias, que permitirán agilizar y mejorar su rendimiento".

Las innovaciones que introduce en esta materia la Ley vienen exigidas por la realidad y práctica diaria de los juzgados, que pone de relieve, el escaso valor que se obtiene en la subasta judicial en numerosos casos del bien a realizar, cuando no siempre, y la falta de licitadores o escasez de estos en las subastas judiciales.

Esta situación se debe a múltiples causas: desconocimiento de los trámites judiciales por los particulares, posibilidad que después de la adquisición de la vivienda o local puedan existir terceros ocupantes que dificulten o imposibiliten la entrega del bien, dificultad de financiación de este tipo de adquisiciones, dado por un lado que no puede constituirse una hipoteca hasta que no se titular de un determinado bien, y la escasez del plazo que establece la Ley para consignar la diferencia entre la cantidad consignada y el pago del resto del precio del remate, lo que hace sumamente dificultoso que un particular pueda acceder a este tipo de bienes.

Todo lo anterior ha dado lugar a la creación de figuras y sociedades cuya finalidad es obtener la titularidad de los bienes subastados a precios muy inferiores al real, lo que supone tanto un perjuicio evidente para el acreedor, que se ve en numerosos casos perjudicado en sus derechos y resarcimiento de la totalidad de su crédito, y del deudor que ve como en la subasta el precio de su bien es muy inferior al de mercado.

No es por lo tanto esta novedad que introduce la Ley de Enjuiciamiento Civil de las que deba merecer crítica, si bien y dado lo novedoso de estos nuevos sistemas de realización de los bienes, su éxito dependerá de cómo se pongan en práctica, y cómo se resuelvan algunas cuestiones que no aparecen desarrolladas en la Ley como posteriormente veremos.

II. ACTUACIONES PREVIAS A ESTAS FORMAS DE REALIZACIÓN

Estas formas alternativas de realización, tanto de bienes muebles como de bienes inmuebles, requieren, con carácter previo, que se haya procedido tanto a la expedición del certificado de dominio y cargas cuando los bienes a realizar sean inmuebles, como el avalúo de los bienes tanto se trate de bienes muebles, como inmuebles.

El requisito de la aportación a los autos del certificado de dominio y cargas se deriva de la necesidad de determinar la existencia o no de terceros interesados en la realización de los bienes, bien porque tenga algún derecho real o de crédito posterior al realizado, a fin de que puedan intervenir en el proceso de realización, y aunque este requisito no se recoge de forma expresa en los arts. 640 y 641 de la Ley, se deduce, de lo que establece el art. 642.2 de la Ley, puesto que si el juez "*debe aprobar la realización que se haga por acuerdo de las partes o por persona o entidad especializada, previa comprobación de que la transmisión del bien se hizo, con conocimiento por parte del adquirente de la situación registral de la finca que resulte de la certificación de cargas*", y como luego se verá es necesario para la aprobación del acuerdo de realización, que se oiga o presten su consentimiento estos terceros interesados a la realización por convenio, será por lo tanto requisito imprescindible que se aporte a los autos la Certificación del Registro de la Propiedad.

El avalúo previo de los bienes es necesario para proceder a la aprobación del convenio a que puedan haber llegado los interesados, al ser un dato esencial con relación al convenio de realización, tanto para que los intervinientes en la comparecencia a fin de llegar

al acuerdo puedan valorar el contenido del acuerdo, como los terceros interesados que no hubieran comparecido a dicha audiencia, para hacer alegaciones o prestar su consentimiento, así como para que el juez proceda a su aprobación, puesto que sin esta valoración previa de los bienes, fundamentalmente en aquellos casos en que existan terceros, será difícil que el juez pueda valorar si el convenio puede serlo o no en perjuicio de estos terceros.

El avalúo previo de los bienes es también un requisito esencial y previo cuando se lleve a cabo la realización del bien por persona o entidad especializada, puesto que las condiciones de realización del bien no podrán ser inferiores al 50% o 70% de su avalúo según se trate de bienes muebles e inmuebles, conforme establece el art. 461.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que para fijar el tipo de realización de los bienes será necesario, por lo tanto, que conste previamente el importe de tasación.

1. Certificado de dominio y cargas

El art. 656 de la nueva Ley, lo regula de forma semejante a la Ley de 1881 con pequeños cambios terminológicos.

El órgano judicial deberá dirigir mandamiento al Registro de la Propiedad a fin de que remita certificado de dominio y cargas, debiendo comprenderse por lo tanto en la certificación tanto la titularidad de dominio y demás derechos reales que recaigan sobre el bien embargado, como todos los derechos que recaigan sobre los bienes embargados, en especial, relación completa de todas las cargas inscritas que pesan sobre el bien, o en su caso, que se halla libre de ellas.

El Registrador deberá extender la correspondiente nota marginal de la expedición del certificado, así como notificar a los titulares de derechos y cargas posteriores la expedición de dicho certificado.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil prevé como novedad, en su art. 657, la posibilidad de que a instancia del ejecutante se requiera a los titulares de créditos anteriores para que manifiesten

si los mismos están o no subsistentes, y en su caso la cuantía de la deuda, o los plazos vencidos o los intereses que devenguen, tales oficios deberán entregarse al procurador de la entidad ejecutante a los efectos de que se encargue de su cumplimiento, y con tales comunicaciones el órgano judicial remitirá los mandamientos a que se refiere el art. 144 de la Ley Hipotecaria.

La finalidad de esta novedad que se introduce por la Ley, es informar tanto a los licitadores, como al resto de las personas que puedan adquirir los bienes por alguno de los procedimientos que se examinan, de la responsabilidad a que están sujetos los bienes que se realizan, dada la posible discordancia que pudiera existir entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral, por ejemplo, el pago de una hipoteca cuya cancelación no se haya realizado en el Registro de la Propiedad.

Si bien la finalidad de esta constatación de minoración de cargas es digna de elogio, plantea diferentes problemas prácticos que no han sido regulados por el legislador:

1. La omisión que existe en la forma en que estos terceros deben contestar a dichos oficios, si bien en los supuestos en los que exista esta contestación el efecto de la misma queda subordinado a la calificación judicial.

2. Los efectos que se derivan cuando los acreedores o titulares de derechos anteriores no contesten a dichos requerimientos, no se contempla este supuesto en dicho precepto, la conclusión no puede ser otra que entender subsistentes los derechos y créditos en la forma y extensión que se consigne en el asiento correspondiente.

3. La constatación registral de estas cargas aminoradas o extinguidas, el precepto examinado remite al art. 144 de la Ley Hipotecaria, que establece "*que todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, ... no surtirá efecto frente a tercero, como no se haga constar en el Registro*". Regulación que choca con la propia regulación expresa de la Ley Hipotecaria como se pone de

relieve por Gabriel GARGERA, toda vez que el efecto será de una modificación jurídica pero ello no implicara una cancelación parcial o total de la hipoteca, sino de una simple constatación de la amortización total o parcial del crédito, puesto que para proceder a cancelar la hipoteca se hace necesaria la escritura pública de cancelación, al señalar el art. 179 del Reglamento Hipotecario "que aun cuando se extinga por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura publica en la que preste su consentimiento par la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el art. 82 de la ley, o en su defecto en virtud de ejecutoria".

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, siguiendo el criterio de la Ley de 1881, mantiene que sea el Registro de la Propiedad el que al remitir la certificación de dominio y cargas, notifique a los titulares de derechos posteriores y que consten en la certificación, la expedición del certificado de dominio y cargas, debiendo entenderse que ha de notificarse tanto a los titulares de créditos posteriores como terceros poseedores.

Si bien la RDGRN de fecha 1-07-1997 vino a establecer que el hecho de no haberse realizado esa comunicación no era motivo de nulidad del procedimiento ni tampoco puede impedir la inscripción correspondiente, puesto que no se trata de una citación ni notificación sino una simple comunicación, a la luz del art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, teniendo en cuenta que tal notificación es esencial a los efectos de que estos terceros tengan conocimiento del procedimiento, dicha omisión podrá dar lugar a la nulidad de actuaciones, salvo que se subsane por el propio órgano judicial cuando se proceda a citar a estos terceros interesados a la comparecencia a fin de llegar a un acuerdo para la realización de los bienes.

La forma de practicar esta comunicación deber hacerse por cualquier vía que permita dejar constancia de haberse realizado, bien sea por correo con acuse de recibo, telegrama, etc., en el domicilio que conste en el Registro, en aquellos supuestos en que fuera desconocido el domicilio de estos terceros la notificación deberá realizarse por medio de edictos.

2. Valoración de los bienes

Previamente a la realización por cualquiera de los procedimientos examinados es necesario que se proceda al avalúo de los bienes.

Las normas que la Ley establece para la valoración de los bienes embargados son comunes tanto para la realización por acuerdo de las partes, por persona o entidad especializada o por medio de subasta judicial

La Ley establece que el valor del bien o bienes embargados pueda determinarse de dos maneras distintas:

1. Por acuerdo de las partes.
2. Por perito designado judicialmente.

A) Valoración por acuerdo de las partes

Se admite que sin necesidad de intervención de un perito, que las partes puedan ponerse de acuerdo en la valoración del bien, pudiendo existir dicho acuerdo con anterioridad a la ejecución o durante la misma, en este caso se tendrá en cuenta el valor que las partes den al bien a efectos de su realización.

El problema que plantea esta posibilidad de valoración de los bienes embargados es que el acuerdo se realice en la fase de ejecución, fraudulentamente entre ejecutante y ejecutado, y tal acuerdo pueda suponer un perjuicio para terceros, bien porque sean titulares de créditos posteriores o de otros derechos que como consecuencia de la realización del bien se extingan.

Esta cuestión que no ha sido prevista por el legislador, plantea el problema de cómo pueden estos terceros defender su derecho cuando las partes en perjuicio de sus derechos y de forma fraudulenta fijan un precio inferior al de mercado, en tales casos, aunque la Ley no lo prevé, si un tercero con interés legítimo formulara oposición a dicha valoración dada por las partes, cabría la posibilidad de que la misma no sea aceptada por el órgano judicial debiendo procederse a la valoración judicial.

B) Valoración por perito

Cuando no exista acuerdo de las partes, o bien en el hipotético caso de que el órgano judicial rechazara la valoración realizada por las partes, la valoración del bien o bienes embargados deberá hacerse por perito designado judicialmente.

El trámite que se establece en la nueva Ley es más sencillo que en la Ley anterior (arts. 638 y 639), aunque no exento de problemas prácticos.

C) Designación del perito

El nombramiento de perito deberá recaer por este orden:

1. De los que presten sus servicios en la Administración de Justicia.

2. En defecto de los anteriores se designará al organismo o servicios técnicos de la Administración Pública, con personal cualificado y que hayan asumido la función de colaborar con la Administración de Justicia.

3. En defecto de todos los anteriores se designará perito a la persona física o jurídica que tenga suficiente cualificación profesional, de entre los existentes en una relación que se formara con las listas que remitan las entidades públicas para conferir habilitaciones para dichas valoraciones o los colegios profesionales.

La forma de designación del perito plantea diversos problemas en la práctica:

1. La insuficiencia de los peritos tasadores al servicio de la Administración de Justicia, lo que va a llevar que en numerosos casos la excepción que se establece para el nombramiento de peritos se convierta en la regla general.

2. Para la designación del perito, deberá acudir de forma subsidiaria a lo que establece el art. 341 de la Ley respecto a la designación de perito en la prueba pericial, debiendo fijarse un turno al inicio del año por medio de sorteo en la forma que establece dicho precepto.

3. Pago de los honorarios de los peritos, con la Ley anterior el perito que realizaba el avalúo generalmente era el designado por el ejecutante y en tales casos hacía la correspondiente provisión de fondos, en la nueva Ley deberá acudir a los arts. 241 y 539.2 que establecen la obligación de las partes de ir abonando los gastos y costas del proceso que se causen a su instancia, por lo que deberá ser el ejecutante el que deba hacer la provisión de fondos al perito, sin perjuicio de su derecho a repercutirlo en las costas de ejecución cuando se proceda a su tasación.

D) Aceptación del cargo y realización del avalúo

El perito designado por cualquiera de los procedimientos anteriormente establecidos debe aceptar el cargo al día siguiente a que se le notifique el nombramiento, debiendo proceder a entregar el informe de tasación en un plazo de ocho días, salvo que el juez por causas justificadas pueda ampliar dicho plazo.

El informe pericial sobre la valoración del bien deberá hacerse teniendo en cuenta los precios de mercado y sin tener en cuenta las cargas que graven el bien.

E) Intervención de las partes y terceros en el avalúo

El perito designado judicialmente puede ser recusado, bien por el ejecutante, o por el ejecutado que estuviera personado en el proceso, debiendo resolverse el incidente de recusación por los trámites que se establecen en los arts. 124 a 128 de la Ley.

No prevé la Ley que del informe pericial se dé traslado a las partes, limitándose ésta, en el art. 640.4, a establecer que las partes y los acreedores podrán hacer alegaciones en el plazo de cinco días desde la entrega por el perito del informe de valoración al tribunal.

Los acreedores que junto con las partes pueden hacer alegaciones son aquellos a los que se refiere el art. 658 de la Ley, aquellos a cuyo favor conste inscrito el bien con posterioridad al embargo, acreedores posteriores que consten en la certificación de dominio y cargas, y los acreedores que hayan inscrito con posterioridad a la expedición de la certificación su derecho en el Registro siempre que acrediten tal hecho al Tribunal.

En cuanto a estos terceros que pueden hacer alegaciones respecto a la valoración que se realice por el perito, se plantea el problema si deben ser todas las personas a que se refiere este precepto, o solo a los acreedores y titulares de derechos posteriores que se hallen personados en el proceso de ejecución, respecto a esta cuestión, aunque la Ley guarda silencio, habrá de estarse a las reglas generales en materia de ejecución, y si conforme establece el art. 539 de la Ley se exige que ejecutante y ejecutado estén representados por procurador y dirigidos por Letrado, salvo que se trate de ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales o monitorios sin oposición, de cuantía inferior a 150.000 ptas., será necesario para que deba darse traslado a estos acreedores y titulares posteriores, y puedan hacer alegaciones que se hallen personados en el proceso de ejecución.

F) Determinación del valor del bien

El tribunal a la vista del dictamen del perito y de las alegaciones que puedan haber realizado las partes, así como del informe del Secretario sobre el importe de todas las cargas y gravámenes anteriores, determinará, mediante resolución judicial, el valor del bien a los efectos de la ejecución.

La resolución procediendo a la determinación del valor del bien a efectos de su realización deberá revestir la forma de providencia frente a la cual no cabe recurso alguno.

Esta forma de fijación del valor del bien puede plantear algunos problemas en la práctica, puesto que el legislador parece partir de la idea de que todos los acreedores preferentes y de derechos sobre el bien sobre el que recae la ejecución van proceder a contestar a la comunicación que puede hacerseles en base al art. 657.2 de la Ley, pero en los supuestos en que esto no sea así, bien porque el acreedor no pida que se realice dicha comunicación a los acreedores anteriores, o bien no contesten a la misma, para la fijación de cargas y gravámenes deberá estarse a lo que se derive del Registro de la Propiedad.

III. CONVENIO DE REALIZACIÓN Y EJECUCIÓN POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA

1. Generalidades

Una vez que se ha procedido al avalúo de los bienes y en su caso a la unión a los autos de la certificación de dominio y cargas cuando el bien a realizar sea inmueble, la Ley, en su art. 636, establece como medios de realización de los bienes no comprendidos en los artículos anteriores el convenio de realización, realización por persona o entidad especializada, o bien por medio de subasta judicial.

La Ley partiendo del principio dispositivo que rige en el proceso civil atribuye preferencia a la realización por virtud de acuerdo o convenio de las partes, pero con independencia de cuál sea el medio de ejecución o realización del bien, se establece que una vez practicado el embargo se deberá proceder a la realización de todas las diligencias necesarias para la subasta judicial.

La petición de las partes para proceder a la ejecución mediante convenio o realización por persona o entidad especializada no suspende la práctica de las diligencias necesarias para la realización del bien por subasta hasta que no se llegue a dicho acuerdo, no bas-

tando a estos efectos la mera petición por cualquiera de las partes de alguna de las formas alternativas de ejecución, puesto que este efecto solo se produce cuando se apruebe por resolución judicial la realización del bien por cualquiera de esas vías; salvo que exista petición de todas las partes personadas en la ejecución conforme establece el artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. *Ámbito objetivo*

El ámbito de aplicación de estas formas alternativas de ejecución, de conformidad con los arts. 634 a 636 de la Ley, ha de referirse aquellos bienes que, bien no pueden ser entregados directamente al ejecutante (tales como dinero, saldos en cuentas corrientes, divisas, etc.), o no puedan realizarse en un mercado oficial o reglado, puesto que en tales casos se realizarán con arreglo a las normas de dichos mercados (acciones, participaciones sociales, obligaciones, etc.).

Los restantes bienes, por lo tanto, deberán realizarse por alguno de los medios recogidos en el art. 636 de la Ley, siendo dichas formas de ejecución alternativas, también aplicables a los bienes que se hallen pignoralos o hipotecados, aunque lógicamente si ya consta la valoración del bien es innecesario que se proceda a su tasación previa.

IV. CONVENIO DE REALIZACIÓN

1. *Características*

Esta forma de ejecución aparece regulada en art. 640 de la Ley. Debiendo entenderse por tal aquel acuerdo entre ejecutante y ejecutado por el que se ponen de acuerdo en la forma de realización del bien embargado, como mecanismo más rápido y eficaz para obtener la satisfacción del derecho del ejecutante.

El legislador supedita la eficacia y validez del acuerdo a la aprobación judicial, como cautela y garantía necesaria de los derechos

de terceros que puedan verse afectados por él, siendo ésta la única limitación que en principio puede existir al acuerdo de las partes, estando éstas facultadas para llegar a cualquier tipo de acuerdo, tanto en la forma de realización del derecho del ejecutante, que puede implicar otras formas alternativas de satisfacción del derecho sin necesidad de realización del bien, como establecer nuevos plazos de ejecución, la realización del bien por el acuerdo de las partes, o incluso que ésta afecte a parte y no a todos los bienes embargados.

2. *Legitimación*

Están facultados para instar la convocatoria judicial de la comparecencia a fin de llegar al acuerdo de realización el ejecutante, el ejecutado o cualquiera que acredite un interés directo en la ejecución.

No precisa la Ley qué debe entenderse por interesados en la ejecución, debiendo entenderse por tales aquellos que tengan un interés directo e inmediato en la ejecución, no bastando por lo tanto cualquier interés en la ejecución.

Debe entenderse que están legitimados para solicitar la comparecencia aquellas personas que por tener algún derecho real o de crédito sobre el bien que se ejecuta, se extinga o cancele como consecuencia de la ejecución.

A *sensu contrario* carecen de legitimación, por no tener ese interés directo en la ejecución, aquellos titulares de créditos o derechos reales sobre el bien ejecutado que no se vean afectados por la ejecución, titulares de derechos reales o de créditos anteriores al crédito que se realiza.

3. *Procedimiento*

Una vez realizada la petición de la celebración de convocatoria de la comparecencia por cualquiera de los legitimados, la ley supedita su celebración a que concurran dos requisitos:

1. En el supuesto que no haya sido el ejecutante el que haya realizado dicha petición, que preste su consentimiento a su celebración.

No es necesario por lo tanto el previo consentimiento del ejecutado, pero si no comparece el ejecutado tendrá el efecto práctico de que no tenga eficacia alguna dicha comparecencia.

2. Que por parte del tribunal no se encuentren motivos para denegarla. No se precisan tampoco los supuestos en los cuales cabe la denegación de la convocatoria por el órgano judicial, la regla general será que procederá la celebración, salvo que de la petición se deduzca que el acuerdo que se pretende conseguir suponga un evidente perjuicio para tercero.

Como señala Antonio FERRER, tal petición, en principio vinculará al Juez, dada la preeminencia que la Ley atribuye a este sistema de realización de los bienes. Solo cuando dicha petición sea contraria al orden público, por vulnerar derechos de terceros, o en aquellos supuestos en que el deudor no pueda prestar válidamente su consentimiento, deberá denegarse por el juez la celebración de la convocatoria, si bien las limitaciones a la convocatoria deberán interpretarse con carácter restrictivo.

En cuanto al momento en el que puede solicitarse la celebración de la comparecencia la Ley no establece plazo alguno, pero debe entenderse que no procede su celebración con anterioridad a que exista una valoración de los bienes, por acuerdo de las partes o bien por resolución judicial, y tratándose de bienes inmuebles que se haya aportado a los autos la certificación de dominio y cargas en cuanto presupuestos necesarios para que pueda llegarse a esta forma alternativa de realización.

No se fija término final en que pueda pedirse la celebración de la comparecencia, en principio podrá hacerse en cualquier momento anterior a la celebración de la subasta, siempre que se haga con tiempo suficiente para proceder a su celebración, dado que la petición de la celebración de la comparecencia no suspende el proceso de ejecución a través de la subasta judicial, salvo petición expresa de las partes al solicitar la celebración de la comparecencia.

La posibilidad de la celebración de sucesivas comparecencias se admite expresamente en la Ley, pero en tales casos, el art. 640.5 lo supedita a "*cuando las circunstancias del caso lo aconsejen para la mejor realización de los bienes*"; respecto a la segunda o ulteriores comparecencias la Ley exige, por lo tanto, un juicio más preciso por parte del órgano judicial a fin de examinar que existan datos que permitan obtener un resultado positivo, por lo que en tal caso sería conveniente que en el escrito de solicitud de la comparecencia se haga referencia a las nuevas condiciones o circunstancias en virtud de las cuales se prevé la posibilidad de llegar al acuerdo.

4. *Convocatoria de la comparecencia*

La convocatoria de la comparecencia deberá realizarse por el órgano judicial mediante resolución judicial que revista la forma de providencia, en la cual deberá señalarse el día y hora para su celebración, deberá notificarse al ejecutante, ejecutado y a los terceros interesados que consten en el procedimiento y que se hallan legitimados para pedir la convocatoria judicial. ¿Si bien será necesario que estén personados en los autos?

Nada dice al respecto la Ley con relación a esta última cuestión pudiendo admitirse dos soluciones:

1. La notificación de la providencia señalando el día y hora para la celebración de la comparecencia deberá hacerse a todos los terceros interesados aunque no estén personados en los autos, en cuyo caso deberá realizarse en el domicilio que conste de los mismos en la certificación del Registro de la Propiedad o, en su defecto, por edictos, cuando dicho domicilio no sea conocido, cuando no se hallen personados en los autos.

Esta solución choca con la regulación que establece el art. 539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que si a las partes, ejecutante y ejecutado, en el proceso de ejecución se les exige que esten representados por procurador y dirigidos por letrado, salvo las excepciones que establece este precepto, habrá de entenderse que estos terceros deban cumplir los mismos requisitos con relación a

la personación y defensa, por otro lado la necesidad de notificación personal o por edictos supondría un retraso en la celebración de la comparecencia.

2. La de entender que la notificación de la providencia señalando día y hora para la celebración de la comparecencia solo debe hacerse a los terceros interesados que se hallen personados en el proceso de ejecución, lo que plantea el inconveniente de que cuando no se hallen personados no podrán asistir a la comparecencia, por lo que parece ir en contra de la voluntad del legislador que pretende que en la misma esos terceros interesados puedan comparecer e incluso invitar a terceros a los efectos de llegar a cualquier tipo de convenio, e incluso que en el mismo acto de la comparecencia puedan prestar o no su consentimiento al convenio de realización allí propuesto.

Aunque ambas soluciones pueden ser válidas en la práctica, en principio debe entenderse que la citación solo deber referirse a los terceros interesados que estén personados en el proceso de ejecución, dado que la Ley expresamente prevé que se les de traslado del acuerdo cuando no hayan comparecido.

5. Legitimación para comparecer

Legitimados para asistir a la comparecencia están todas las personas que se hallan legitimadas para solicitar su celebración, ejecutante, ejecutado y terceros con interés legítimo en la ejecución, y además los terceros que hayan sido invitados a asistir por cualquiera de los legitimados para solicitar la celebración de la comparecencia.

La intervención de estos terceros en la comparecencia tiene como finalidad el que puedan aportar vías o fórmulas para llegar a cualquier tipo de acuerdo, para la satisfacción del derecho del ejecutante, o para la realización de los bienes, e incluso se pueda proceder a la adjudicación o venta del bien a alguno de dichos intervinientes en el acto.

6. Celebración de la comparecencia

Es imprescindible para que pueda celebrarse la asistencia de ejecutante y ejecutado, dado que si su finalidad es llegar a un acuerdo en la ejecución, la incomparecencia de alguno de ellos hará ineficaz su celebración, debiendo por lo tanto levantarse la correspondiente acta haciéndolo constar y dando por terminada la misma.

Cuando no comparezcan los terceros con interés directo en la ejecución, procede su celebración, y si existiera acuerdo se les deberá notificar antes de su aprobación.

La comparecencia deberá celebrarse a presencia judicial, bajo sanción de nulidad.

Durante la celebración cualquiera de los que intervengan en la misma podrán proponer cualquier forma de satisfacer el derecho del ejecutante, o bien de realización del bien, o adjudicar los bienes a cualquier persona que se ofrezca a obtener un precio previsiblemente superior al que pudiera obtenerse en subasta.

Cabe, por lo tanto, que en dicho acto se realice cualquier tipo de proposición en orden a la satisfacción del derecho del ejecutante, o bien a la forma de realización de los bienes, quedando supeditada la aprobación a que dicho acuerdo no lo sea en perjuicio de tercero.

Como se ha señalado, la única previsión en cuanto a formas alternativas de realización por acuerdo de las partes que se establece en la Ley, es la venta del bien a un tercero sin necesidad de subasta y sin necesidad de acudir a que se proceda a su realización, por persona o entidad especializada.

Para que sea admisible este acuerdo es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que se obtenga previsiblemente un precio superior al que pudiera obtenerse en la subasta, en este supuesto deberá el Juez previamente a la aprobación del acuerdo examinar dichos requisitos, si bien pueden plantearse problemas a la hora de entender el cumplimiento del mismo.

2. Que se preste fianza por el tercero, lo que plantea la cuestión de los criterios que han de tenerse en cuenta para su fijación, dado que esta debe cumplir una doble finalidad, por un lado, garantizar la seriedad de esa oferta de compra por parte del tercero, y por otro lado, garantizar y cubrir de alguna manera los perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento injustificado de la oferta.

7. Terminación por acuerdo

En el supuesto de que exista acuerdo en la comparecencia entre el ejecutante y ejecutado, si hubieran concurrido a ella los terceros interesados, estos deberán prestar también su consentimiento al mismo; en el supuesto de que los terceros interesados no concurran se les deberá notificar previamente el acuerdo con anterioridad a su aprobación.

Cabe distinguir, por lo tanto, los siguientes supuestos para la aprobación judicial o no del acuerdo:

1. Cuando no haya terceros interesados se procederá a la aprobación judicial del acuerdo.
2. Cuando haya terceros interesados, en la ejecución y presenten su consentimiento al acuerdo, se procederá a su aprobación.
3. Cuando los terceros interesados no presten su consentimiento, pero éste, a juicio del tribunal, no les cause perjuicios, se procederá a su aprobación.
4. Cuando el acuerdo afecte a derechos reales inscribibles en el Registro de la Propiedad, el acuerdo requerirá necesariamente el consentimiento de los terceros interesados para su aprobación.

Cuando los terceros con interés legítimo en la ejecución concurran a la comparecencia no plantea problemas la prestación de su consentimiento o rechazo al acuerdo, dado que se hará en el seno de la misma.

Cuando estos terceros interesados no concurran a dicha comparecencia deberá notificarseles el acuerdo, notificación que deberá hacerse a los mismos aunque no se hallen personados en la ejecución, en el domicilio que conste de los mismos y en su defecto por medio de edictos, debiendo entenderse que si trascurrido el plazo que se les conceda al efecto no manifiestan su oposición al acuerdo, debe entenderse prestado de forma tácita su consentimiento, en base a la doctrina legal sobre el consentimiento tácito. Recogida, entre otras, en STS 1.^a, S 11-07-1994, que señala "*de suerte que el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia*" y la STS 1.^a, S 28-06-1993, al señalar "*la Sentencia de 24 de noviembre de 1943, el silencio absoluto no es productor de efectos jurídicos más que en el caso de que la Ley o voluntad de las partes se le reconozca o conceda previamente, pudiendo hablarse de un silencio cualificado sólo cuando se junte a hechos positivos precedentes, a una actividad anterior de la parte que guardó silencio, o a particulares situaciones subjetivas y objetivas que sirvan como elemento útil para tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad -Sentencia de 24 de enero de 1957-*".

La resolución judicial que homologue o apruebe el convenio deberá revestir la forma de auto.

No establece la Ley de forma expresa si es o no susceptible de recurso el auto aprobando el convenio, pero atendiendo a las reglas generales en materia de recursos (arts. 451 y 455 LEC), ha de entenderse que es susceptible de recurso de reposición y posteriormente de apelación en un solo efecto; por lo que la interposición del recurso no impedirá la ejecución del acuerdo aprobado judicialmente.

8. Efectos

El acuerdo judicialmente aprobado vincula al ejecutante, ejecutado y a los terceros que puedan tener interés directo en la ejecución.

Una vez aprobado el acuerdo, se suspenderá la ejecución, pero sólo con relación a los bienes o derechos sobre los que haya recaído el acuerdo.

Cuando el acuerdo alcanzado implique la adjudicación del bien a cualquiera de los interesados o terceros que hayan concurrido a la comparecencia, el adquirente deberá proceder a la consignación del importe del remate, guardando silencio la Ley con relación al plazo en el que debe hacerse dicha consignación.

Tal cuestión podrá también haberse fijado en el acuerdo suscrito entre las partes, determinando la forma y tiempo de dicha consignación; dado que si existe una gran amplitud y facultad de las partes en orden al tipo o contenido del acuerdo de realización, con mayor razón dicho acuerdo podrá extenderse a aspectos accesorios del mismo. En su defecto habrá de consignarse en el plazo de 10 días que establece el art. 650, en los supuestos de subasta judicial.

Cuando el convenio de realización implique una ejecución alternativa a la realización del bien, tal como la novación de la deuda, pago por un acreedor posterior, etc., una vez que se haya cumplido el convenio deberá dictarse nueva resolución judicial sobreseyendo la ejecución sobre los bienes.

En estos supuestos puede plantearse el problema de que el acuerdo consista en que el pago se haga por un acreedor posterior, si este puede instar la continuación de la ejecución subrogándose en la posición del primitivo ejecutante, o si por el contrario deberá iniciar un nuevo proceso de ejecución.

Dicha posibilidad debe ser admitida cuando en el acuerdo de realización se haya hecho constar expresamente ese derecho del acreedor posterior, pero en aquellos supuestos en que el acuerdo guarde silencio en este punto cabe admitir también dicha posibilidad, teniendo en cuenta la regulación que establece el art. 540 de la Ley en los supuestos de sucesión de ejecutante y ejecutado en dicho proceso.

9. Incumplimiento del convenio

Han de distinguirse dos supuestos:

1. Incumplimiento total, se procederá a levantar la suspensión de la ejecución, y como señala el art. 640.4 de la Ley se procederá a la subasta; en tal supuesto la Ley cierra la posibilidad, o al menos parece que cierra dicha posibilidad, a la realización del bien por alguna de las formas alternativas a la subasta que prevé la Ley.

El incumplimiento total del convenio permite plantearse si en lugar de procederse a levantar la suspensión de la ejecución, el ejecutante puede en su lugar instar la ejecución del convenio al que hayan llegado las partes, dada la semejanza que este acuerdo tiene con la transacción judicial en cuanto pone fin al proceso de ejecución.

Si bien el convenio a que pudieran llegar las partes en la comparecencia presenta cierta analogía con la transacción judicial, no puede aplicársele los efectos que para la misma se establecen, puesto que el art. 640 de la Ley, como ya se ha expuesto, establece taxativamente que se levantará la suspensión de la ejecución por lo que el incumplimiento producirá única y exclusivamente dicho efecto.

2. Incumplimiento parcial. Dado que la ejecución de bienes debe guardar proporcionalidad entre los bienes embargados y a realizar con el derecho del ejecutante, lógicamente, si han existido pagos parciales, o cumplimiento parcial de la obligación por parte del ejecutado, deberán reducirse los bienes a ejecutar en esa proporción.

10. Comparecencia sin acuerdo

Cuando no comparezcan el ejecutante o el ejecutado, el efecto será la continuación de la ejecución y la realización de los trámites necesarios para la subasta de los bienes, pues como ya se ha señalado la simple solicitud de la comparecencia no suspende la ejecución.

El mismo efecto se producirá cuando no se llegue al acuerdo, o cuando a pesar del principio de acuerdo entre ejecutante y ejecutado, este no sea aprobado judicialmente, porque implique perjuicios

para terceros, o estos no presten su consentimiento cuando de trate de derechos reales inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Sobre la facultad de las partes de instar la celebración de nuevas comparecencias a fin de llegar a un acuerdo de realización, la Ley, como ya se ha expuesto, no establece limitaciones ni en cuanto al número de ellas, ni al momento en que puedan solicitarse, si bien se prevé que el juez examine con mayor rigor que en la petición inicial la posibilidad de llegar al acuerdo, como se deduce al señalar la Ley "cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, a juicio del tribunal para la mejor realización de los bienes".

V. REALIZACIÓN POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA

1. Características

Se regula esta forma de realización alternativa de los bienes en un solo precepto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, concretamente en su art. 641.

Esta forma de realización de los bienes, a diferencia del convenio que se regula en el art. 640 de la Ley, se configura como un sistema más de ejecución forzosa de los bienes al que las partes pueden acudir como alternativa a la subasta judicial.

La finalidad de esta forma alternativa de realización de los bienes pretende evitar el encarecimiento y dilación del proceso de ejecución de los bienes embargados a través de la subasta judicial, pretendiendo con esta vía obtener un precio de los bienes embargados más acorde con los precios de mercado.

Esta forma de realización de los bienes puede traer causa, bien del acuerdo a que hayan llegado las partes en comparecencia que haya podido celebrarse para llegar a un acuerdo, o bien porque directamente se inste que los bienes embargados se realicen de esta forma.

Están legitimados para instar la realización de los bienes por esta vía el ejecutante y el ejecutado, pero en este segundo caso es necesario que cuente con el consentimiento del ejecutante.

A diferencia del convenio de realización, no se hallan legitimados para instar esta forma de realización de los bienes los terceros que puedan tener interés legítimo en la ejecución.

Esta forma de realización de los bienes ha de referirse al mismo tipo de bienes que el convenio de realización, quedando excluidos, por tanto, aquellos bienes que puedan ser entregados directamente al ejecutante para satisfacer su derecho: dinero, saldos en cuentas corrientes, etc. Así como aquellos otros bienes cuya realización pueda hacerse en un mercado oficial o secundario: acciones, participaciones, obligaciones, letras del tesoro, etc.

Siendo aplicable también este procedimiento de realización a los bienes hipotecados o pignorados (art. 691 LEC)

En el escrito en el que el ejecutante solicite la realización de los bienes, la Ley se limita a exigir que deberá indicarse la persona o entidad especializada que según el instante pueda encargarse de la realización de los bienes.

Cuando la petición se realice por parte del ejecutado deberá prestar su consentimiento el ejecutante.

Aunque la Ley no lo exige de forma expresa, sería conveniente que en la solicitud de realización de los bienes se incluyeran una serie de datos a fin de dar transparencia y claridad en la realización de los bienes como:

1. Compromiso por parte de la entidad o persona especializada que se proponga para la realización de los bienes de aceptar el cargo de realización.
2. Importe de la caución a prestar por dicha entidad a fin de garantizar el cumplimiento del encargo.
3. Plazo y forma en la que se va a realizar la enajenación, si es en subasta privada, venta directa, etc.
4. Importe de los honorarios a percibir en su caso por parte de la encargada de la realización de los bienes, y un presupuesto aproximado de los gastos.

5. Normas de la entidad o persona especializada a través de las cuales se va a proceder a la realización del encargo.

2. Designación y requisitos de la persona o entidad especializada

La regla general, recogida en el art. 641.3 de la Ley, es que la designación o nombramiento ha de recaer en la persona que se designe en la solicitud, siempre que reúna los requisitos legales, cuando el encargo de realización se refiera a bienes muebles.

Cuando se trate de bienes inmuebles, la designación habrá de hacerse por el tribunal, previa audiencia de las partes y terceros interesados, teniendo en cuenta las alegaciones que se puedan realizar en la comparecencia, la regla general, por lo tanto, será que la designación recaiga en la persona o entidad especializada que se designe en la solicitud.

Este párrafo tercero del art. 641 de la Ley, exige que en dicha comparecencia para designar a la persona o entidad especializada encargada de la realización de los bienes "*previa comparecencia de las partes y quienes consten en el proceso que puedan estar interesados*". Lo que plantea el problema de qué debe entenderse por quienes puedan estar interesados y la forma de su citación.

En cuanto a la primera cuestión, por interesados en la ejecución debe entenderse referido a aquellos terceros que por tener interés legítimo en la misma puedan verse afectados por la realización del bien, por tener un derecho de crédito o real posterior al derecho que se realice, y como consecuencia de la ejecución se extinga o se vea afectado o limitado, es decir, el mismo concepto que se ha venido aludiendo a terceros con interés legítimo en la ejecución en los supuestos de convenio de realización.

En cuanto a si dichos terceros interesados en la ejecución deben estar o no personados en los autos a los efectos de su citación a dicha comparecencia, la Ley se limita a señalar que conste en el procedimiento, por lo que de una interpretación literal de dicho

precepto podría deducirse la necesidad de su citación aun cuando no estén personados en el proceso de ejecución; pero de una interpretación teleológica y sistemática de dicho precepto deberá entenderse que dicha citación solo ha de realizarse a los terceros personados en los autos, puesto que la interpretación literal iría en contra de la celeridad y eficacia que a esta forma alternativa de realización de los bienes pretende darse por el legislador, y, por otro lado, si se exige a las partes en la ejecución estar personados, la misma regla debe entenderse aplicable a dichos terceros.

La persona o entidad designada ha de reunir los siguientes requisitos:

1. Que se trate de persona o entidad especializada.
2. Que sea conocedora del mercado en que se realicen este tipo de bienes.
3. Que reúna los requisitos legales para operar en tal mercado.

Teniendo en cuenta que el legislador no establece ninguna precisión normativa más en orden a los requisitos que debe reunir la persona o entidad a que se realice el encargo, debe examinarse, en tanto no se proceda a su desarrollo reglamentario, qué debe entenderse con relación a cada uno de estos requisitos.

Tales requisitos han de ponerse en relación con el bien a realizar, pues en la mayoría de los casos los requisitos legales a que alude la Ley serán los requisitos administrativos exigidos para poder dedicarse a esa actividad de intermediación o venta.

El problema más importante que pueda plantearse lo es respecto a la realización de bienes inmuebles, y si esta ha de encomendarse de forma necesaria a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, o si por el contrario pueden concurrir otras personas que no tengan dicha cualidad.

A pesar de no existir un criterio uniforme en esta materia, en el ámbito civil el TS en sentencias de 31-01-1990, 27-03-1996 y 20-01-1997 ha venido a señalar que no sólo los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria pueden intervenir en las operaciones de mediación en la venta de este tipo de bienes, lo que ha venido a

ser confirmado por el Real Decreto Ley de 3 de junio de 2000 sobre Medidas urgentes de liberación en el sector inmobiliario.

En todo caso debe tratarse de personas físicas o entidades que vengan ya practicando actividades en el sector de intermediación, con experiencia en los mercados en los que se vendan o realicen el tipo de bien que deba ser objeto de realización.

Otro problema importante que puede plantearse en la práctica es la forma en que se va a llevar a cabo el reconocimiento de entidades especializadas públicas o privadas. Si dicho reconocimiento va a hacerse con carácter general, o si por el contrario debe ser el órgano judicial el que deba examinar si concurren en cada caso dichos requisitos, y en segundo lugar, la distinción entre entidades públicas o privadas, dada la importancia que dicha distinción tiene en orden a la obligación de prestar o no caución, de la que se exonera a las entidades públicas.

En el proyecto existente en los juzgados de Madrid a través del servicio común de subastas, lo que se pretende es llegar a un acuerdo o convenio con las entidades que quieran intervenir en este procedimiento de realización de los bienes, siempre que cumplan unos determinados requisitos y ofrezcan ciertas garantías, lo que facilitaría en su caso la labor de cada uno de los juzgados, puesto que si la entidad propuesta por las partes fuera alguna de las ya reconocidas, evita que el juzgado correspondiente deba proceder a dicha valoración

3. Resolución judicial

La resolución judicial acordando la realización del bien o bienes debe revestir la forma de una simple providencia, pero previamente a dictar la resolución el juez deberá examinar que se trate de bienes susceptibles de esta forma de realización, no quedando el órgano judicial vinculado por la petición de las partes.

El contenido de la providencia será distinto en función de los bienes a realizar:

1. Cuando se trate de bienes inmuebles previamente a dictar dicha resolución judicial deberá citarse a las partes y a los terceros interesados para celebración de una comparecencia, a fin de proceder a la designación de la persona encargada de la realización, así como fijar las condiciones en que deban realizarse los bienes.

Antes de dictarse la correspondiente resolución judicial en la comparecencia deberán fijarse las normas a través de las cuales la persona o entidad especializada va a proceder a la realización de los bienes, el importe mínimo al que pueden ser realizados, medios a través de los cuales se va a dar publicidad a la realización y, en su caso, la cuantía de la caución.

2. Cuando se trate de otro tipo de bienes la Ley no establece la necesidad de celebrar una comparecencia previa, dictándose directamente la resolución judicial, en la que deberá constar ya la designación de la persona y las condiciones en que debe llevarse a cabo la realización del bien.

Aunque la Ley no lo prevé expresamente, la providencia habrá de notificarse a la persona o entidad designada a los efectos de que proceda a aceptar el cargo y a prestar la caución correspondiente, en su caso.

4. Caución

En cuanto a la prestación de la caución la Ley se limita a exigir la obligación de proceder, en los casos en que la persona designada no sea una entidad pública, a prestar dicha caución, pero sin que se establezca ninguna otra previsión normativa en orden a la cuantía, plazo y forma de prestar dicha caución.

Este requisito de la caución presentará en la práctica los siguientes problemas:

1. La posibilidad de acuerdo de las partes por el que se exonerare a la persona o entidad encargada de dicha obligación.

De la forma imperativa en la que se contempla dicha obligación, ha de entenderse que es un requisito de carácter obligatorio.

2. Respecto a la cuantía de la caución, será el órgano judicial el que en principio libremente fije el importe de la misma, lo que indudablemente plantea importantes problemas, puesto que si dicha caución es muy elevada puede impedir que se acepte dicha designación, y en los supuestos en que tal caución sea de escaso valor perderá el carácter coercitivo que pretende atribuirle la Ley, si bien podrán tenerse en cuenta diferentes datos a fin de proceder a su fijación: honorarios a percibir, duración del encargo, tipo de bien y situación del mismo, etc.

Cabe la posibilidad que en los partidos judiciales en los que se haya creado o se creen servicios comunes de subastas se preste una caución global, para responder de todos los encargos que puedan realizarse durante un periodo de tiempo determinado, sin necesidad de tener que proceder a prestar la caución individualizada en cada uno de los procesos, en aquellos partidos judiciales en los que no exista este servicio común la caución deberá prestarse de forma individualizada

3. En cuanto a la forma de prestación de la caución deberá hacerse, bien mediante la correspondiente consignación judicial en metálico, o mediante aval bancario a primer requerimiento, dado que ha de ser directamente realizable en aquellos supuestos en que se incumpla el encargo.

5. Condiciones, forma y plazo de realización

En la providencia en la que se acuerde esta forma de realización habrán de fijarse las condiciones en que debe llevarse a cabo, que será en base a las condiciones que se hubieran pactado por las partes, en su defecto los bienes no podrán ser realizados por precio inferior al 50% de su valor, deducidos los gravámenes y cargas anteriores que pesen sobre ellos.

Cuando el encargo de realización afecte a bienes inmuebles, no podrán adjudicarse por un precio inferior al 70% calculado en la misma forma que en el caso anterior, salvo que concurra el acuerdo del ejecutante, del ejecutado y de los interesados hayan o no concurrido a la comparecencia.

Este requisito del consentimiento no solo de las partes de la ejecución, sino de los interesados, plantea el mismo problema ya examinado con relación a la aprobación del convenio de realización cuando afecte a bienes inmuebles, si es necesario que este consentimiento sea expreso, o bastará que se entienda prestado tácitamente.

La solución debe entenderse análoga al convenio de realización, por lo que en aquellos supuestos en los que se acuerde la realización de un bien inmueble por precio inferior al 70% de su valoración, deberá notificarse a estos terceros interesados en el domicilio que conste de los mismos, o en su defecto por edictos, y si transcurrido el plazo que se les conceda al efecto sin oponerse se entenderá que existe consentimiento tácito.

La persona o entidad a la que se realice el encargo deberá llevarlo a cabo en el plazo de 6 meses desde la fecha del encargo, el plazo empezará a contarse desde el día en que se haya aceptado la designación y procedido a prestar la caución o fianza cuando este requisito sea exigible.

Trascurrido el plazo sin haberse llevado a cabo la realización del bien se dictará resolución judicial revocando el encargo, aplicando a los fines de la ejecución el importe de la caución prestada, salvo que la persona o entidad a que se haya encomendado la realización del bien justifique que no ha podido llevarse a cabo por causas no imputables a ella.

Habrà de ser la persona o entidad encargada de la realización la que deba acreditar y justificar las causas o motivos que han impedido la realización del bien, debiendo ser el tribunal el que valore la justificación alegada, dentro de estas causas justificadas pueden referirse tanto al bien a realizar (ruina, expropiación, etc.), bien al procedimiento (defectos que den lugar a su retroacción, regularización de la deuda), o bien al propio encargo (cuando por

la situación objetiva del mercado no pueda realizarse por el importe fijado en la resolución judicial).

En los supuestos en que exista justa causa, a juicio del tribunal, que haya impedido que la realización pueda haberse llevado a cabo en ese plazo de 6 meses, podrá concederse un nuevo plazo que no exceda de 6 meses, dentro del cual deberá llevarse a cabo la enajenación.

Trascurrido este segundo plazo sin que se haya procedido a la realización del bien, necesariamente ha que procederse a la revocación definitiva del encargo mediante auto y sin que proceda en este caso nuevas prórrogas, destinándose el importe de la caución a los efectos de la ejecución.

En aquellos supuestos en que a pesar de la prórroga no se haya podido proceder a la realización del bien, por la persona o entidad encargada de ello, cuando se justifique que las causas no son imputables a ella, lógicamente podrá solicitar y el órgano judicial acordar la devolución de la caución.

En cuanto a la forma de realizar el bien por la persona o entidad especializada la Ley se limita a señalar que cuando el encargo se realice a una entidad especializada, deberá ajustarse a las reglas de dicha entidad.

El encargado de la realización del bien podrá, por lo tanto, proceder a su realización por cualquiera de los procedimientos del mercado, bien por medio de venta directa, o a través de subasta privada, siempre que se respeten los límites y condiciones fijados para la realización del bien.

Una vez realizado del bien, el precio obtenido deberá consignarse en la cuenta de consignaciones del órgano judicial, si bien la Ley faculta al encargado de la realización que descuente al realizar la consignación los gastos derivados de la ejecución y sus honorarios.

Otro tema importante que se plantea es la cuantía y fijación de tales honorarios, cuestión sobre la que guarda silencio la Ley.

En todo caso y teniendo en cuenta que los honorarios que se vienen fijando en el mercado de intermediación inmobiliaria suelen ser del 5% del valor del bien, tal criterio deberá ser tenido en

cuenta a efectos meramente orientativos. En los estudios y proyectos que en este sentido se vienen realizando por el Decanato de los Juzgados de Madrid se fijan dichos horarios sobre esos porcentajes, si bien se van reduciendo en función del valor del bien.

No puede descartarse en estos casos que si estos honorarios no han sido fijados previamente por el órgano judicial o por acuerdo de las partes, pueda procederse a su impugnación, impugnación a la que deberán aplicarse analógicamente los trámites que establece el art. 240 de la LEC.

La Ley supedita la eficacia jurídica de dicha enajenación a la aprobación judicial, para lo cual podrá solicitar que se le acredite y presente los justificantes y circunstancias en los que se haya llevado a cabo la realización.

Se establece una regla especial en los supuestos en que la realización se refiera a bienes inmuebles, puesto que en tales casos y antes de la aprobación judicial de la misma por providencia, el tribunal deberá examinar y comprobar que el adquirente de los bienes tuvo conocimiento de la situación registral que se derive de la certificación de cargas.

6. Efectos de la adjudicación

Una vez que se dicte la resolución judicial correspondiente aprobando la enajenación, art. 654 de la Ley, la persona o entidad especializada deberá proceder a la consignación del precio obtenido si bien la Ley faculta a la persona o entidad que ha realizado el encargo a deducir previamente de la cantidad a ingresar los gastos efectuados y los que le corresponda por su intervención.

Esta deducción debe referirse exclusivamente a los gastos realizados para la enajenación del bien, los cuales deberán justificarse y detallarse adecuadamente, así como el importe de los honorarios que se hubieran pactado previamente.

Una vez realizada la consignación judicial del precio, se procederá a su entrega al ejecutante a cuenta de su crédito, y si excede

de dicha cantidad, el sobrante deberá quedar consignado hasta que se proceda a la liquidación de la deuda y de las costas.

El sobrante de existir se entregara al ejecutado salvo que existan acreedores posteriores, en cuyo caso se dejará consignado a disposición de los mismos.

VI. EFECTOS COMUNES AL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO Y A LA REALIZACIÓN DEL BIEN POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA

La Ley, en los arts. 674 y 675, establece una serie de normas comunes tanto para estas formas alternativas para la realización de los bienes, como para aquellos otros en que los bienes se hayan realizado mediante subasta judicial, tanto con relación a la inscripción registral y cancelación de cargas posteriores, como a la entrega de la posesión del bien.

1. *Inscripción en el Registro de la Propiedad y cancelación de cargas*

La inscripción en el Registro de la propiedad a favor de la persona que se haya realizado el bien se hará mediante testimonio del auto en el que se apruebe la realización del bien, o del convenio a que hubieran llegado las partes; en dicha resolución deberá hacerse constar tanto el importe del precio de la adjudicación, si el mismo es superior a la deuda, y demás requisitos que exige la Ley Hipotecaria.

El testimonio de dicho auto será título suficiente a los efectos de cancelar la anotación o gravamen en virtud del cual se ha realizado el bien, debiendo hacerse costar en el auto también todas las cargas y gravámenes posteriores a la expedición del certificado de dominio y cargas, dado que el testimonio del citado auto también sirve de título bastante para su cancelación.

2. *Entrega de la posesión del bien y terceros ocupantes*

Cuando no haya ocupantes del bien, a instancia del adquirente se procederá a ponerle en posesión del mismo.

Cuando haya terceros poseedores, la Ley dentro del proceso de ejecución contempla un incidente a fin de resolver la entrega o no de la posesión del bien al adquirente, en el cual debe examinarse *prima facie* si tales ocupantes son de mero hecho, o si por el contrario existe apariencia de un título que legitime su posesión, dejando a salvo el derecho de las partes a acudir a resolver esta cuestión de forma definitiva en el juicio ordinario.

Este incidente podrá plantearse y resolverse en su caso con carácter previo a la subasta o realización del bien a instancia del ejecutante, o con posterioridad a que se haya realizado el bien a instancias del adquirente.

Cuando este incidente se plante por el ejecutante, se deberá proceder a notificar a los terceros ocupantes la existencia del procedimiento, con citación a una vista en un plazo de 10 días, a fin de que hagan las alegaciones que estimen oportunas y aporten los títulos que justifiquen la posesión.

El órgano judicial en base a las alegaciones y documentos aportados por los ocupantes procederá a dictar resolución judicial en forma de auto en el que se declare que los ocupantes son poseedores de mero hecho o sin título suficiente que legitime la posesión, o en su defecto a declarar su derecho a continuar en la posesión del bien (art. 661).

Cuando la petición de lanzamiento se haga por el adquirente de los bienes en los supuestos en que haya terceros ocupantes, esta deberá realizarse en el plazo de un año desde la adquisición del bien, es decir, desde la notificación del auto de adjudicación, puesto que transcurrido dicho plazo la petición sólo podrá hacerse en el juicio correspondiente.

Realizada la petición de lanzamiento por el adquirente de los bienes esta deberá notificarse a los terceros ocupantes, y como en el supuesto anterior deberá señalarse un vista en un plazo máximo de diez días, en el que las partes podrán hacer las alegaciones que

estimen oportunas, así como aportar los títulos o documentos que justifiquen la posesión. Debiendo resolver el órgano judicial por medio de auto.

Contra el auto que resuelva sobre la posesión del bien, tanto cuando esta se solicite con carácter previo a su realización por el ejecutante, como por el ejecutado después de la realización del bien, no es susceptible de recurso alguno, si bien dichas resoluciones judiciales no producen el efecto de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes a acudir al juicio correspondiente, ejercitando las acciones necesarias en orden a resolver sobre la posesión definitiva del bien.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CABAÑA, Juan Carlos (Coordinador): *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Editorial TRIUM. Año 2000.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel; RIFA SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco (Coordinadores): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo III. Editores Iurgum.
- GONZÁLEZ, Marisela: "La subasta inmobiliaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". *Revista el Consultor Inmobiliario*, mayo 2000.
- GRAGERA IBÁÑEZ, Gabriel: *La ejecución, los procesos hipotecarios, y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*. Consejo General del Poder Judicial. Estudios de derecho judicial. Año 2000.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María (Dirección): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo III. Editorial Lex Nova. Valladolid 2000.
- MARTÍNEZ PARDO, Jesús María, y LOSCERTALES FUERTES, Daniel (Coordinadores): *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo II. Año 2000. Editada por Sepin.
- REVISTA DE SUBASTAS PÚBLICAS Y PRIVADAS. *Las nuevas subastas públicas*. Madrid 2001.

LA EJECUCIÓN NO DINERARIA

Jesús Gavilán López
Magistrado

LA EJECUCIÓN NO DINERARIA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Planteamiento legislativo en la nueva LEC. 2. Breve análisis comparativo con la Ley de 1881. II. PROCEDIMIENTO GENERAL. 1. Ámbito de aplicación: títulos ejecutables. 2. Despacho de ejecución. Especial consideración del requerimiento: naturaleza de las medidas conminatorias. 3. Determinación de las multas coercitivas. 4. Medidas de garantía. III. ENTREGA DE LA COSA. 1. Cosas muebles determinadas. 2. Cosas genéricas indeterminadas. 3. Entrega de bienes inmuebles. 4. Especial consideración del supuesto de ocupantes. IV. OBLIGACIONES DE HACER. 1. Condena de hacer personalísimo. 2. Condena a la emisión de una declaración de voluntad. 3. Condena de hacer no personalísima. 4. Publicación de la sentencia en los medios de comunicación. V. CONDENAS DE NO HACER. VI. PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO LIQUIDATORIO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, FRUTOS Y RENTAS, Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Planteamiento legislativo en la nueva LEC*

Constituye eficaz y obligada referencia, la manifestada voluntad del legislador en la Exposición de Motivos, cuando, al abordar

la ejecución no dineraria, en el último párrafo del epígrafe XVIII, justifica la nueva regulación, por la superación de la anterior desde "muy distintos puntos de vista", que no especifica, pero relaciona con las novedades consistentes en la introducción de los requerimientos y multas coercitivas dirigidas al cumplimiento de los deberes de hacer y no hacer, apartándose así, considerablemente, de la inmediata inclinación a la indemnización pecuniaria de la Ley de 1881.

A ello se suma la intención de conseguir que las constricciones no sean excesivas, buscando el equilibrio entre el interés y la justicia de la ejecución en sus propios términos, por un lado, y por otro, el respeto a la voluntad y el realismo de no empeñarse en lograr coactivamente prestaciones a las que son inherentes los rasgos personales del cumplimiento voluntarios, como declaración de principios que resalta el último inciso introductor, del párrafo aludido.

2. Breve análisis comparativo con la Ley de 1881

Frente a la regulación general de las ejecuciones no dinerarias en la antigua Ley, dentro del Título VIII, del Libro II, referido exclusivamente a la Ejecución de las Sentencias, cuyos arts. 923, 924 y 925 recogían los supuestos de condenas de hacer o de no hacer, con las puntuales referencias a la presunción legal de haber optado el condenado por el resarcimiento de perjuicios, en defecto de la obligada conducta requerida, la entrega de bienes muebles e inmuebles del art. 926, con la misma tendencia antes apuntada de inmediata inclinación por indemnización pecuniaria, en vez de agotar las posibilidades de efectiva entrega y posesión de la cosa, más el amplio trámite incidental de los arts. 928 a 950 para la determinación de daños y perjuicios, y la liquidación de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, la nueva LEC ha optado por una *regulación específica y especializada* de la ejecución no dineraria, dentro del Título V, Libro III, de la Ejecución Forzosa, con los consabidos cuatro Capítulos, comprendiendo los arts. 699 a 720, ambos inclusive, referidos a las disposiciones generales, entrega de cosas, obligaciones de hacer y no hacer, y el propio procedimiento de

liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas, que *amplía el ámbito de aplicación a los títulos ejecutivos*, en general, superando, en consecuencia a la anterior, circunscrita a resoluciones judiciales, aunque esta consideración pueda resultar discutible, como a continuación se verá.

II. PROCEDIMIENTO GENERAL

1. *Ámbito de aplicación: títulos ejecutables*

Efectivamente, el art. 699, dentro del Capítulo I relativo a las disposiciones generales, establece que "*cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer, o entregar cosa distinta a una cantidad de dinero... en el auto, por el que se despache ejecución...*". De ello se desprende que el legislador expresamente está reconociendo la posible ejecución no dineraria tanto de un título judicial como extrajudicial (1), al no distinguir ni referir exclusivamente como contenido del título determinadas condenas o pronunciamientos judiciales, sino también *obligaciones* que pueden articularse entre las partes, al amparo de los arts. 1088 y ss. y 1255 a 1258 del Código Civil, en relación con el art. 517, apartados 4.º a 6.º, inclusive, pues nada impide adicionar alguna obligación no dineraria o consustancial del título —*vid.*, otorgamiento de escritura de compraventa de inmueble, con cláusula de obligación de hacer determinada, consistente en pintar el vendedor la fachada en plazo determinado—, o, por qué no, una simple obligación de hacer o no hacer pactada interpartes en escritura pública, por no ser contrario a la ley, la moral ni el orden público, y estar dentro de la autonomía de la voluntad contractual de las partes, erigiéndose en título ejecutivo bastante, que no precisaría de ulterior pronunciamiento judicial, en juicio declarativo

(1) En sentido contrario MONTERO AROCA. *Derecho Jurisdiccional-Proceso Civil*, pág. 638 Edit. TLB. Ángel Vicente ILLESCAS RUS. *Comentarios a la NLEC*, E. Iurgium, pág. 3.155.

al efecto, por el incumplimiento del obligado a ello, salvo interpretación contraria que pueda apartarnos de los principios que informa la nueva Ley Rituaria.

En esta línea argumental puede constatarse que los arts. 701 a 704, concernientes a la entrega de cosas –muebles e inmuebles–, invocan la existencia de un título ejecutivo, con carácter general; el art. 708, a diferencia de los restantes que integran los distintos supuestos del Título V, sí establece como título necesario para la ejecución de condena a la emisión de una declaración de voluntad, la correspondiente resolución judicial o arbitral firme, y el art. 707 se refiere a la publicación de sentencia, en cuyo fallo se ordene la publicación, aunque ello no puede invocarse como fundamento definitivo, ante la imprecisión técnica del legislador refiriendo el término *condena*, que presupone resolución judicial, en determinados casos –art. 700 con carácter general, respecto a las medidas de garantía, y arts. 706 y 709–, aunque después mencione con carácter general la obligación de hacer no personalísima o personalísima, incluida en título ejecutivo, sin especificar ni exigir expresamente la sentencia o resolución judicial pertinente, como figura igualmente en el art. 705 de aplicación general a las obligaciones de hacer y no hacer, que, sin embargo, sí se menciona en el art. 710, sobre las condenas de no hacer, refiriendo el quebrantamiento de sentencia.

2. Despacho de ejecución. Especial consideración del requerimiento: naturaleza de las medidas conminatorias

Una vez examinado por el Juez el contenido del título presentado si contiene condena u obligación no pecuniaria, despacha Auto de ejecución, requiriendo al ejecutado para que dentro del plazo que se estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo dispuesto en el mismo, como se ha reseñado anteriormente –art. 699–. Esta facultad determinante del plazo concedido tiene *carácter discrecional reglado*, al tener que relacionarse con la naturaleza de la condena u obligación, en orden a conseguir su efectivo cumplimiento.

Con el mismo carácter facultativo *podrá* apereibir al ejecutado en el requerimiento, con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias, lo que sin duda va a constituirse en praxis habitual a instancia de parte o de oficio, con fundamento en este último caso en la obligada tutela judicial efectiva y cumplimiento de las resoluciones judiciales –art. 24 CE y 18 de la LOPJ–, traiga causa de un título judicial o extrajudicial, una vez integrado en el Auto despachando ejecución, al concurrir los requisitos legales examinados previamente por el órgano jurisdiccional.

Las medidas conminatorias tienen naturaleza procesal no sancionador, aunque participen de los límites de las sanciones, en el sentido de tener que ser legítimas, adecuadas y proporcionadas, echándose quizás en falta alguna referencia sustantiva de su específica extensión y contenido, como por ejemplo en el ámbito administrativo –arts. 99 y 100 de la Ley 30/1992, de RJAP y LPAC, y art. 239 en el Procedimiento Laboral–. Pueden solicitarse por el ejecutante en su demanda o solicitud ejecutiva y adoptarse de oficio por el Juez, sin que quede cercenado el principio dispositivo y de justicia rogada que informa el proceso civil.

Las distintas *multas punitivas o coercitivas de pago único o periódico*, que no deben confundirse con el *equivalente pecuniario*, consistente en la indemnización de daños y perjuicios fijada en sustitución o trayendo causa del incumplimiento del requerimiento producido, tienen como destinatario el Tesoro Público, en tanto que éste último corresponde, lógicamente, al ejecutante perjudicado en cuyo patrimonio se integra, por el incumplimiento del ejecutado. La *efectividad* de las mismas se lleva a cabo por el procedimiento ordinario de apremio para las condenas dinerarias, en virtud de los arts. 571 y ss.

3. Determinación de las multas coercitivas

Establece el art. 711 que para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores, el tribunal, mediante providencia, tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del

hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constaran en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas, fijando como *límite* el veinte por ciento del precio o valor de la contraprestación en las mensuales, o el cincuenta por ciento en las de pago único.

No pasa desapercibida la circunstancia de resolverse por *providencia* la cuantificación de las mismas, agotando la vía del recurso en su reposición, por su carácter interlocutorio, aunque pueda discutirse en este caso, al amparo de los arts. 451 y 458, con la evidente finalidad del legislador, como ya ocurriera con las medidas conminatorias de carácter general, de impedir cualquier dilación procesal, sin necesidad alguna de abrir pieza separada de la causa, al quedar documentadas, por los anteriores fundamentos, en la propia causa de la que dimanar.

4. Medidas de garantía

Establece el art. 700 que caso de no poder tener inmediato cumplimiento el requerimiento, el Juez, a instancia del ejecutante, podrá acordar las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena. En todo caso, se acordará el *embargo* de bienes a solicitud del ejecutante para el aseguramiento de las indemnizaciones sustitutorias y el pago de las costas de ejecución.

El embargo de bienes trabado puede alzarse si por el ejecutado se presta *caución* en cuantía suficiente fijada por el Juez al acordar el embargo, de acuerdo con las previsiones del art. 529.3, esto es, pudiéndose constituir en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero al primer requerimiento emitido por la entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del Juez, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate.

Nada impide que estas medidas de garantía puedan solicitarse tanto en la demanda o solicitud ejecutiva como con posterioridad

a la misma, al no distinguir la Ley al respecto, aunque en buena lógica procesal se articularan en la inicial petición, siempre a instancia de parte.

Su *revisión* y la de aquellas medidas conminatorias que con carácter general pudieran adoptarse, se encuentra sujeta, por tanto, al régimen especial de los recursos previstos para la ejecución, al amparo de los arts. 551 y ss., dentro del Capítulo III, Título III, de las Disposiciones Generales, si bien no debe olvidarse, si se acordaron inicialmente, la irrecurribilidad del Auto despachando ejecución —art. 551— y las tasadas causas de oposición al mismo —arts. 556 y 557— entre las que no se encuentran incluidas, por lo que, necesariamente, la impugnación debe reconducirse al art. 562, como infracción legal producida en el curso de la ejecución, caso de haberse adoptado fuera del Auto citado, que, en definitiva, viene a suponer la remisión al régimen general de los recursos, admitiendo sólo la reposición de la resolución, de acuerdo con los arts. 451 y 458, salvo previsión expresa al respecto, o la suspensión extraordinaria del curso de las actuaciones ejecutivas por la interposición de recursos ordinarios, previa prestación de caución a que se refiere el art. 567, en general, que las dejará sin efecto.

III. ENTREGA DE LA COSA

1. Cosas muebles determinadas

El incumplimiento de la entrega de cosa mueble cierta y determinada dentro del plazo concedido en el Auto despachando ejecución, obliga al Juez a poner al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando los *apremios que crea precisos, ordenando la entrada en lugares cerrados y auxiliándose de la fuerza pública, si fuera necesario* —art. 701—.

Es posible la práctica de la diligencia preliminar de exhibición de la cosa a que se refiere el art. 256, 1.º, siendo de aplicación igualmente los arts. 1096 y 1097 del CC, en cuanto a la mora del deudor y entrega de sus accesorios.

En cuanto a los apremios, existe *numerus apertus* en la facultad del Juez para determinar los procedentes, siempre conectado con la finalidad perseguida y características determinadas de la cosa en cuestión.

Establece la Ley la expresa *facultad explícita* del Juez para acordar la entrada en lugares cerrados, que lleva inherente el registro para localización de la cosa, pudiendo afectar a lugares de carácter particular, oficial, de titularidad correspondiente a personas físicas o jurídicas, con las únicas limitaciones que puedan establecer las leyes.

La previsión en este sentido del art. 701, que puede afectar a un derecho fundamental –domicilio de las personas–, protegido constitucionalmente, de acuerdo con el art. 18 de nuestra Carta Magna, puede suscitar la duda de la necesaria reserva de Ley Orgánica –art. 81 de la CE–, que no concurre en la Ley procesal, debe ceder, sin embargo, al hilo de la estricta exigencia de este último precepto en el sentido de precisar la entrada y registro consentimiento del titular o resolución judicial, que debe interpretarse de acuerdo con la doctrina constitucional en relación con la ejecución de resoluciones judiciales en procesos civiles, laborales o contenciosos-administrativos (SSTC n.º 160/1991, de 18 de julio, y 76/1992, de 14 de mayo).

Las facultades de averiguación del paradero de la cosa se hace extensiva a *terceros no ejecutados* a quienes la Ley impone igualmente el deber de colaboración, pudiendo apercibirles de desobediencia en su defecto, y deducir testimonio al Ministerio Fiscal o Juzgado de Guardia.

Se establece también, con carácter cuasi-imperativo, la necesidad de adecuar, en su caso, el *Registro público* en que deba inscribirse o esté inscrita la cosa determinada, al título ejecutivo, sin que pueda descartarse la actuación de oficio al respecto, en función del interés general de terceros, que no repugna con los principios de justicia rogada y dispositivo que informa el proceso civil.

Finalmente, caso de la cosa *no fuere habida*, a instancia del ejecutante, y mediante providencia, con los efectos ya apuntados de irrecorribilidad, el Juez acuerda sea sustituida por *justa compensación pecuniaria*, determinada de acuerdo con el art. 712 y ss.

–proceso general liquidatorio de daños y perjuicios y equivalentes pecuniarios–.

2. Cosas genéricas o indeterminadas

El incumplimiento de su entrega dentro del plazo señalado al efecto en el requerimiento, fundado en el título ejecutivo presentado, faculta al ejecutante para instar la posesión a través del Juzgado, o alternativamente, llevar a cabo su adquisición en el mercado, como cualidad necesaria que determina la naturaleza apuntada. En este caso y de forma simultánea, procede el embargo de bienes del ejecutado, que permitan esa compra, si bien se prevé cuenta justificada del ejecutante al anterior, y aunque la Ley no establezca nada al respecto, de no producirse ésta o aprobarla el Juez, caso de discrepancia, debería reconducirse al incidente liquidatorio de los arts. 712 y ss.

En el supuesto de adquisición tardía con insatisfacción del ejecutante, el Juzgado, previa solicitud, determina, mediante providencia, el equivalente pecuniario, más los daños y perjuicios ocasionados, diferenciando claramente el precepto los *dos conceptos a resarcir*, que se liquidarán de acuerdo con los arts. 712 y ss., como constituye norma general.

3. Entrega de bienes inmuebles

El legislador, en el art. 703, distingue la entrega o transmisión del inmueble, ante la posibilidad de que no coincidan *titularidad y posesión*, fijando la necesidad de que el Tribunal ordene de inmediato lo que proceda, de acuerdo con el contenido de la condena, siéndole de aplicación también la previsión cuasi-imperativa de adecuación del título y Registro.

Caso de existencia de *cosas en su interior* que no estuvieran contenidas o fueran objeto del título presentado, el Juzgado en el Auto despachando ejecución y a instancia de parte, que hubiera

tenido conocimiento anterior de tal extremo, requiere personalmente al deudor para que proceda a su retirada. Esta solicitud puede articularse igualmente con posterioridad –vid. diligencia de lanzamiento o antes de producirse–. En su defecto rige la presunción legal de abandono, constituyéndose en modo legal de adquirir la propiedad por ocupación –arts. 609 y 610 del CC–, por parte del ejecutante, sin que le sea de aplicación la obligación de depósito de la cosas perdidas de dueño desconocido, del art. 615 del CC.

La *reivindicación de cosas no separables*, siempre que se trate de instalaciones necesarias o plantaciones del inmueble, debe llevarse a cabo por los interesados en el plazo de cinco días a partir del desalojo voluntario o forzoso, siendo el referido *plazo de caducidad*. El Juzgado resuelve en la ejecución sobre el abono de su valor, y aunque la Ley nada dice sobre el cauce procesal, es razonable su remisión a los arts. 712 y ss., que, sin embargo, sí establece el citado art. 703 para la determinación de los *desperfectos* que pudiera haber producido el ejecutado y de los que se deja constancia al momento del lanzamiento –la petición ulterior debe considerarse extemporánea, aunque pudiera discutirse si puede reconducirse a un proceso declarativo ordinario–, acordándose, en su caso, la retención y constitución de depósito de bienes suficientes del deudor ejecutado, para responder de los daños y perjuicios liquidados según el incidente especial citado del art. 712.

4. Especial consideración del supuesto de ocupantes

Distingue la Ley en el art. 704 en cuanto al *plazo de desalojo* del inmueble si se trata de la vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan, en cuyo caso es de un mes, prorrogable un mes más, motivadamente, y en los restantes supuestos se aplicará el plazo que se fije según el arbitrio del Juez, que puede, en consecuencia, ser mayor o menor que el anterior y admite igualmente prórroga, en función de las circunstancias concurrentes, dentro de los límites de las medidas conminatorias a que nos referimos con anterioridad.

Constituye garantía ineludible por imperativo legal, *el señalamiento del día concreto del desalojo*, que deberá contener la resolución judicial inicial, o, en su caso, aquella que prorrogue el plazo.

La ocupación del inmueble por *terceras personas que no traigan causa del ejecutado* determina la notificación por el Juzgado a los mismos del despacho de ejecución o pendencia de éste, para que en el término de 10 días presenten los títulos que justifiquen su situación. Nada impide articular esa disposición en el Auto inicial despachando ejecución, de oficio o a instancia de parte, ante la eventual concurrencia de dicha circunstancia, o la aparición de éstos, como constituye praxis habitual, en la diligencia de lanzamiento, lo que evitará dilaciones innecesarias.

De los títulos presentados el Juzgado da traslado al ejecutante, quien caso de considerar a los ocupantes de mero hecho o insuficiencia de los mismos, se proseguirán las actuaciones de acuerdo con los apartados 3.º y 4.º del art. 675, esto es, celebración de vista en el término de diez días, con aportación de pruebas y alegaciones al respecto, dictándose Auto, sin ulterior recurso, sin perjuicio de quedar expeditas a las partes las acciones declarativas que correspondan, que lleva aparejada la imposición de costas, en virtud del art. 539.2, en relación con el párrafo 2.º del art. 700.

Es necesario subrayar que la disconformidad del ejecutante con la situación y títulos aportados por los ocupantes, determina la tramitación del escueto incidente reseñado, con una *resolución inapelable* que implica la toma de posesión por su parte del inmueble o la confirmación del ocupante en la misma, a resultas de la valoración judicial de las pruebas y alegaciones presentadas, sin los efectos de cosa juzgada, por las anteriores consideraciones.

IV. OBLIGACIONES DE HACER

Menciona con carácter general el art. 705 que si el título ejecutivo obliga a hacer alguna cosa, el tribunal requerirá al deudor para que la haga dentro de un plazo que fijará según la naturaleza

del hacer y las circunstancias que concurren. No se habla de sentencia ni de condena, resaltándose la cualidad de deudor del ejecutado, abarcando en principio la posible ejecución de obligaciones articuladas en título ejecutivo extrajudicial, que luego contradice la expresa mención de condena de hacer o no hacer referida en los correspondientes artículos.

Distingue este capítulo entre obligaciones de hacer personalísimo o no —arts. 709 y 706—, y dentro de éstas, en cuanto a las primeras, la subespecie relativa a las condenas de emisión de una declaración de voluntad —art. 708—, y la publicación de la sentencia en medios de comunicación —art. 707—, de las segundas, aunque no se hayan ordenado sistemáticamente.

1. Condena de hacer personalísimo

Dentro del plazo establecido en el requerimiento contenido en el Auto despachando ejecución, puede el deudor manifestar al tribunal las razones a su negativa y las alegaciones relativas al carácter personalísimo o no de la prestación debida, como recoge expresamente el art. 709. El transcurso del plazo sin que se lleve a cabo la obligación contraída, determina la *facultad del ejecutante* para solicitar que se apremie al anterior con una multa mensual por cada mes que transcurra sin hacerlo efectivo, desde que hubiera finalizado el plazo, o bien optar por la sustitución del equivalente pecuniario de la prestación, en cuyo caso se le impone una única multa de acuerdo con lo dispuesto en el art. 711.

En todo caso, se resuelve mediante *Auto que admite reposición pero inapelable*, y en el supuesto de estimar que el hacer no es personalísimo, prosigue la ejecución de acuerdo con las previsiones procesales para las condenas u obligaciones de esta naturaleza del art. 706.

De interesarse el apremio del ejecutado para la realización de la obligación contraída, se reiteran los requerimientos trimestralmente, sin perjuicio de continuar con el cobro de las multas mensuales hasta transcurrido un año. Posteriormente y de no realizarse

la prestación exigida, prosigue la ejecución para sustituirla por el *equivalente pecuniario*, aunque puedan adoptarse cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante, como dice la Ley, y que, a petición de éste y con audiencia del ejecutado, puede acordar el Juzgado, suponiendo en definitiva este inciso, la facultad del ejecutante para que se agoten las diligencias tendentes a la efectiva realización de la prestación.

Prevalece en todo caso la disposición del título relativa a los efectos del incumplimiento de la prestación —último apartado del art. 709—.

Como ya se adelantó en epígrafes anteriores, las referidas multas, que tienen carácter procesal conminatorio, son plenamente *compatibles* con las consecuencias punitivas derivadas del incumplimiento y con la indemnización de daños y perjuicios o equivalente pecuniario hasta la expiración del plazo para determinar el incumplimiento, sin que puedan confundirse ambas figuras.

2. Condena a la emisión de una declaración de voluntad

Exige el art. 708 la existencia de resolución judicial o arbitral de carácter *firme*, en concordancia con el art. 525.2.º, que excluye este supuesto de las ejecuciones provisionales, remitiéndose expresamente al plazo de 20 días del art. 548, que establece la imposibilidad de despachar ejecución fundada en estos títulos o convenios aprobados judicialmente, desde la notificación al ejecutado, teniendo en este caso emitida la declaración de voluntad mediante Auto, si estuvieran predeterminados los elementos esenciales del negocio, lo que faculta al ejecutante para solicitar mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros correspondientes, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad, siempre que se observen, en su caso, las normas civiles y mercantiles sobre documentación y formalización de actos y negocios jurídicos.

Si no estuvieran predeterminados algunos *elementos no esenciales* del negocio o contrato, se establece un *trámite contradictorio previo*, que puede realizarse por escrito sin necesidad de vista

pública, que también podría fijar el Juzgado si lo estima oportuno, atendiendo a la naturaleza y complejidad del asunto, determinándolos en la propia resolución en la que se tenga por emitida dicha declaración de voluntad, tomando como referencia lo que sea habitual o usual en el mercado o en el tráfico jurídico, como subraya el precepto.

En su defecto, de tratarse de *elementos esenciales* del negocio o contrato cuya declaración de voluntad no hubiera sido emitida por el condenado, se sustituye por *daños y perjuicios*, liquidados de acuerdo con los arts. 712 y ss.

3. *Condena de hacer no personalísima*

El incumplimiento de su realización en el plazo conferido por el Juez en el Auto despachando ejecución, *faculta al ejecutante* para pedir que se encargue a un tercero o ser indemnizado por daños y perjuicios, salvo que el título contenga disposición expresa al respecto, que enerva el derecho de opción reseñado, de acuerdo con el art. 706.

Guarda concordancia con las previsiones en tal sentido del art. 1098 del CC, en cuanto hacerlo a su costa y deshacer, en su caso, lo mal hecho.

El encargo a un tercero precisa de *valoración previa* del coste de la actividad sustitutoria a través de un perito tasador designado por el Juzgado, aprobada por providencia, con los consabidos efectos de ejecutoriedad e irrecurribilidad, requiriendo al ejecutado para que deposite la cantidad fijada –lo que no impide el pago adelantado al perito– o afiance su pago, de acuerdo con el art. 529.3, en relación con el art. 700 –en efectivo, o mediante aval solidario pagadero y disponible al primer requerimiento, así como de duración indefinida–, aunque nada diga el precepto aludido, por aplicación de este último precepto incurrido en las disposiciones generales de las ejecuciones dinerarias. En su defecto, se procede al *embargo de bienes* y realización forzosa de los que fueran precisos hasta la obtención de la cantidad necesaria para ello.

De optarse por la *indemnización de daños y perjuicios*, su cuantificación y liquidación se lleva a cabo mediante el incidente especial de la materia, previsto en los arts. 712 y ss.

4. *Publicación de la sentencia en los medios de comunicación*

La condena de la sentencia en tal sentido, ordenando la publicación o difusión total o parcial de la misma, de su contenido en medios de comunicación a costa de la parte vencida en el proceso, faculta al ejecutante, de acuerdo con el art. 707, para solicitar despacho de ejecución, requiriendo en su caso al ejecutado el Juzgado, para que proceda a contratar los anuncios pertinentes, y en su defecto el ejecutante puede llevarla a cabo, mediante la previa obtención de fondos prevista en el art. 706 para las obligaciones de hacer no personalísimo.

Distingue el precepto *publicación* –medios escritos– de *difusión*, en general –audiovisuales–, con una mayor dificultad técnica en los segundos –*vid.* difusión en espacios informativos que no admitan publicidad–, debiendo estar a lo que disponga la sentencia y la obligación de colaborar en la ejecución de las resoluciones judiciales de todas las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, al amparo del art. 17 de la LOPJ.

No puede confundirse la publicación de sentencias con aquellas condenas de hacer a los propios medios de comunicación demandados en procesos determinados, ante la *condición de parte* en este segundo supuesto, que les confiere, en su caso, la condición de ejecutado, siéndoles de aplicación los efectos generales de ejecución forzosa, de acuerdo con los artículos anteriores.

Tampoco las previsiones específicas por razón de la *materia*, articuladas independientemente y formando parte del contenido de la reparación por los daños y perjuicios ocasionados, pudiéndose citar, entre otros, los arts. 63 de la Ley 11/1986, de Patentes, art. 36 de la Ley 32/1988, de Marcas, art. 31 de la Ley 34/1988, General de Publicidad, art. 9 de la Ley 1/1982, de Protección

Civil del Derecho al Honor, Intimidación y Propia Imagen, y 18 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

V. CONDENAS DE NO HACER

El quebrantamiento de sentencia condenando a no hacer cosa alguna determinada, determina el requerimiento judicial, a instancia del ejecutante, para que *deshaga lo mal hecho*, si ello es posible, más la correspondiente *indemnización de daños y perjuicios* y la *intimación de abstenerse en la reiteración del incumplimiento*, si procede por haberse o no agotado la posibilidad de nuevo incumplimiento, atendiendo a la naturaleza del no hacer concreto, así como el *apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia* a la autoridad judicial, lo que, en su caso, daría lugar a la remisión de testimonio al Ministerio Fiscal o Juzgado de Guardia, como ya se apuntara con anterioridad en los supuestos legales de este Título.

De acuerdo con el párrafo 2.º del art. 710, le son de aplicación igualmente las *multas intimatorias mensuales* durante el tiempo que transcurra sin deshacer lo mal hecho. Una vez agotadas las posibilidades relativas a la reiteración del incumplimiento y cuando tampoco fuera posible ya deshacer lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado, liquidados también de acuerdo con el art. 712 y ss.

El incumplimiento de deshacer lo mal hecho supone la transformación en condena de hacer, de acuerdo con el art. 706, siéndole de aplicación los artículos antes citados 1098 y 1099 del CC, aunque nada se diga en la Ley.

6. PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO LIQUIDATORIO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, FRUTOS Y RENTAS, Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS

Establece el art. 712 el ámbito de aplicación del procedimiento, aplicable a la determinación en fase de ejecución forzosa del

equivalente pecuniario de una prestación no dineraria, la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios, o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, o determinar el saldo resultante de la rendición de cuentas en una administración.

El *procedimiento general* queda establecido en los arts. 713 a 717, y se inicia mediante escrito motivado del perjudicado, con relación detallada de los daños y perjuicios, incluida su valoración, pudiendo acompañar los dictámenes y documentos que considere oportunos, con traslado a quien hubiere de abonar los mismos, por término de diez días.

Caso de *conformidad* del deudor, se aprueba por el Juzgado mediante providencia sin ulterior recurso —en este caso no existe siquiera reposición de la misma—, haciéndose efectiva la suma de acuerdo con los arts. 517 y ss. para la ejecución dineraria.

Existe *conformidad tácita* por el transcurso de los diez días sin evacuar traslado el deudor o ante la negativa genérica de su existencia, sin concretar los puntos discrepantes, las razones que la justifican o el alcance de la discrepancia, y aunque la Ley nada dice al respecto, se entiende que procede su aprobación también por providencia, que, desde luego, debería motivarse en caso de concurrir alguno de los últimos supuestos apuntados.

Si el deudor formula *oposición* dentro del plazo establecido, en cuanto a las partidas concretas de daños y perjuicios o respecto a la valoración de las mismas, la liquidación se sustancia de acuerdo con el trámite del juicio verbal —arts. 441 y ss.—. El Juzgado de oficio o a instancia de parte, si lo considera necesario, puede nombrar un perito para que dictamine sobre la efectiva producción de los daños y su valoración, lo que, de hecho, deja sin contenido material la solicitud de la práctica de otras pruebas, agilizando el incidente en cuestión. Este nombramiento se realizará de acuerdo con las previsiones generales del art. 341 para la *designación judicial de peritos*.

Esta prueba se practica con carácter anticipado a la vista oral que se celebrará pasados los diez días a contar desde el traslado del dictamen a las partes, habiéndose fijado con anterioridad por el Juzgado el plazo de emisión y entrega del dictamen.

Finalmente, se dicta *Auto* en el término de cinco días desde la celebración de la vista oral, fijando la cantidad abonable en concepto de daños y perjuicios, que admite recurso de apelación en un solo efecto, sin que precise, por tanto, reposición, con pronunciamiento en *costas* fundado en el principio de vencimiento objetivo del art. 394.

Acoge la Ley, en art. 717, la petición para la *determinación del equivalente dinerario de una prestación no dineraria*, que se inicia mediante solicitud expresando las estimaciones pecuniarias de la prestación y las razones que la fundamenten, acompañando los documentos que a su derecho convenga y remitiéndose a la sustanciación del procedimiento general antes citado de los arts. 714 a 716.

No ofrece especial variación el trámite de *liquidación de frutos y rentas*, partiéndose de la necesaria solicitud del acreedor, y el consiguiente requerimiento al deudor, para que en el plazo fijado por el Juez, atendidas las circunstancias, presente la misma, con sujeción a las bases del título ejecutivo, en su caso —art. 718—. De no presentarla, se requiere al primero para que presente la propia, dando traslado al deudor y prosiguiendo la tramitación de acuerdo con los arts. 714 a 716.

Si existe *conformidad* del solicitante, se aprueba por providencia —aunque tampoco lo diga expresamente la Ley, en este caso— sin ulterior recurso, haciéndose efectiva al amparo del art. 517 y ss. por los trámites de la ejecución dineraria. La disconformidad se tramita de acuerdo con la oposición del art. 715 antes citado.

Finalmente, existe plena remisión del legislador de la *rendición de cuentas de una administración* a la liquidación de frutos y rentas de los artículos anteriores —718 y 719—, si bien se prevé expresamente la facultad de ampliar los plazos previstos mediante providencia, cuando la complejidad del asunto lo requiera, sin especificarse límite alguno.