

**A. DERECHO
CIVIL**

**EJECUCIÓN PROVISIONAL:
DERECHO TRANSITORIO**

**Núm.
52/2001**

José Ignacio ATIENZA LÓPEZ
Secretario Judicial

• **ENUNCIADO:**

En fecha 18 de enero de 2000, el demandante «A» interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra «B» y «C» en reclamación de una cantidad de 3.000.000 de ptas. a cada uno de ellos. Los codemandados, tras contestar a la demanda, reconvinieron contra «A» reclamándole 4.000.000 cada codemandado.

En fecha 20 de noviembre de 2000, se dictó Sentencia por el Juzgado desestimatoria de la demanda y estimatoria de las dos demandas reconventionales contra «A» que, por tanto, se ve condenado a abonar 8.000.000 de ptas. La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia.

El codemandado «B» solicitó y obtuvo en fecha 12 de diciembre de 2000, la ejecución provisional de la sentencia al amparo del art. 385 LEC de 1881 previa presentación de caución por importe de 4.000.000 de ptas. En esta ejecución provisional «B» trabó embargo sobre un local de «A» que quedó anotado en el Registro de la Propiedad.

El codemandado «C» solicitó igualmente la ejecución provisional de la Sentencia en fecha 13 de diciembre de 2000, la cual le fue concedida por el Juzgado previa prestación de fianza por 4.000.000 de ptas., que fue hecha efectiva con aval bancario. Esta ejecución se halla en trámite de la práctica del embargo de bienes a «A».

«B» pide al amparo de la nueva LEC 1/2000 la devolución de la caución prestada. «A» se opone a ello. «C», ante la vigencia de la Ley 1/2000, desiste de la ejecución provisional incoada y, en trámite y con devolución de su aval, insta con nuevo escrito ejecución provisional con amparo en la Ley 1/2000.

¿Qué deberá resolver el Juzgado en relación con las peticiones de «B» y «C»?

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

- Cuestiones prácticas sobre la aplicación del derecho transitorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 2000 a la ejecución provisional de sentencias.
- La devolución de la fianza al ejecutante de la LEC de 1881.
- Aplicabilidad del fraude de ley a la ejecución provisional.
- Alternativas a la nueva regulación.

• **SOLUCIÓN:**

Si existe una institución novedosa en la LEC, y de cuyo éxito va a depender el propio éxito de la misma, ésta es la ejecución provisional de las sentencias (resulta curioso que el Título hable «De

la ejecución provisional de resoluciones judiciales», para regular únicamente las sentencias, como si fueran los autos resoluciones susceptibles de ejecución provisional). La propia exposición de motivos de la Ley 1/2000 así califica este cambio, al decir que constituye una de las principales innovaciones de la LEC. Básicamente, y si bien el caso propuesto no pretende abordar la integridad de la regulación nueva sino sólo los problemas del derecho transitorio, y para entender la virtualidad de estos últimos, se hace preciso comenzar apuntando los rasgos más importantes del tan repetido cambio:

1. Son ejecutables provisionalmente todas las sentencias de condena (no autos definitivos), que contengan fallos sobre el fondo del asunto y que sean estimatorias, con las excepciones del artículo 525 de la LEC. Se supera el postulado anterior, según el cual sólo eran ejecutables provisionalmente las sentencias firmes, de modo que dejan de equipararse ejecutoriedad a firmeza.

2. Ostenta la competencia para la ejecución provisional el órgano que haya conocido del proceso en primera instancia.

3. Siempre que tenga fallos ejecutables a su favor, la legitimación para solicitar la ejecución provisional de sentencias corresponde tanto a la parte recurrente como a la parte recurrida. Sólo cabe esta ejecución a instancia de parte.

4. El ejecutante ya no tiene que asegurar mediante caución la devolución de lo recibido.

5. Fuera de los casos del artículo 525 de la LEC, el Juez carece de margen de decisión, ya que se produce la ejecución *ope legis* y no *ope iudicis*.

6. Se protegen los derechos del ejecutado, arbitrándose la posibilidad de que se oponga a la ejecución, con trámite diferenciado según se trate de sentencias pecuniarias y no pecuniarias.

Se ha regulado esta figura, pasando de una legislación demasiado proteccionista con el demandado perdedor del pleito en primera instancia, a otra regulación excesivamente tuteladora del crédito del actor vencedor del pleito, aceptando los riesgos dimanantes del hecho de que la sentencia pudiese ser revocada y deviniendo insolvente el ejecutante. La filosofía de la reforma es loable, pero con el texto que la ejecuta, se ha pasado al otro extremo cuando cabían otras soluciones intermedias igualmente protectoras de la tutela judicial de ambas partes, como apuntaremos al final de este comentario.

Acudiendo a la resolución de nuestro caso práctico, hemos de resolver en primer lugar sobre si procede devolver a «B» la fianza que prestó para poder ejecutar con arreglo a la anterior LEC. Se trata de un aspecto que la norma de transitoriedad no ha resuelto ya que la disposición segunda se limita a indicar que la nueva normativa será de aplicación a las sentencias de primera instancia que se dicten después de su entrada en vigor; es decir, terminada la primera instancia, las actuaciones de ejecución (incluida la provisional) subsiguientes, se acomodarán a la nueva normativa. La regla de aplicación es, en principio, sencilla ya que, lograda la ejecución provisional (conforme a la LEC de 1881) e interpuesto el recurso de apelación, su régimen se disciplinará conforme a la Ley anterior. Pero si no fue pedida la ejecución provisional, ésta puede solicitarse sin sujeción a plazo (y el Juez debe otorgarla por mandato legal fuera de los casos del art. 525), rigiéndose la misma por la Ley 1/2000. A la hora de resolver si se devuelve la fianza a «B», cuya ejecución provisional se rige por la LEC de 1881, se ha de observar el punto de vista del ejecutante y del ejecutado; respecto del primero es comprensible lo gravoso que resulta el abono de comisiones bancarias y réditos del aval

durante el excesivo lapso de tiempo que se tardan en resolver las apelaciones. Ahora bien, no se puede olvidar que dicho aval cumplía una función en la regulación del artículo 385 de la LEC de 1881, que ahora no se puede suprimir de forma oportunista, ya que el ejecutado provisionalmente había logrado con ello una garantía que le protegía frente a los daños y perjuicios que se le pueden originar en el caso de que sea revocada la sentencia.

La nueva LEC no puede aplicarse retroactivamente. Dice nuestra Constitución, como una de las más importantes garantías de seguridad jurídica, la de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales. Entiendo que este postulado es traído a colación por el constituyente pensado para el derecho sancionador ya sea en su vertiente penal como en su aspecto administrativo o reglamentario y por ello cabe entender que la Constitución garantiza, *a contrario sensu*, por ejemplo la retroactividad de la norma sancionadora favorable; ahora bien, ¿cabe considerar a la norma procesal civil nueva como derecho sancionador? Rotundamente no. La garantía que el aval supone para el ejecutado ya ha sido adquirida por éste con anterioridad conforme a la LEC anterior y la devolución del aval a «B» vulnera de plano la garantía legítimamente ganada y el postulado constitucional citado, desde el momento en que para favorecer a una parte, insisto, de forma oportunista, se vulnera la tutela de la contraria en indebida aplicación retroactiva de la transitoriedad de la nueva Ley, retroacción carente de toda cobertura legal. Entiendo constitucionalmente lícita cualquier modificación legislativa en la que el legislador limite determinadas ventajas que antes existían, y sin que ello consienta que los afectados posteriores puedan sin motivo acogerse a la norma nueva o antigua a su antojo o capricho. El Tribunal Constitucional lo tiene establecido ya hace tiempo al señalar que «el art. 14 Constitución Española no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un trato desigual a lo largo del tiempo, ya que el derecho a la igualdad se contempla ante la misma ley pero no ante diferentes normas» como lo son la LEC de 1881 y la LEC de 2000.

Pero junto a este argumento de naturaleza constitucional, existe otro esencial de legalidad ordinaria, pues si la ejecución provisional de «B» ha sido tramitada conforme a la Ley anterior, ésta es la que se ha de aplicar, sin que pueda aplicarse de forma parcial e interesada un aspecto de otra norma posterior en una suerte de mezcolanza simultánea de normas sucesivas, sólo en la parte que beneficia al ejecutante (devolución del aval) pero, eso sí, manteniéndose la ejecución ya lograda con arreglo a la Ley antigua. La Ley 1/2000 no permite aplicar retroactivamente de forma parcial la nueva normativa de la ejecución provisional a las ejecuciones provisionales ultimadas conforme a la anterior. Por tanto no debe devolverse la fianza a «B».

En cuanto a la segunda cuestión, es decir, si es admisible que quien ya ha obtenido, «C» en nuestro caso, el despacho de ejecución provisional conforme a la Ley derogada, pueda desistir de ella para iniciar otra acogiéndose al régimen más favorable de la nueva, entiendo que la respuesta debe ser también negativa pero merece adecuada explicación con apoyo en el fraude procesal que ello supondría, que se encuentra prohibido por el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No cabe admitir más de una ejecución provisional por sentencia y el derecho a la ejecución provisional se ha de ejercer conforme a los derechos de buena fe y sin fraudes procesales. El actuar de «C» en el caso planteado constituye una inadmisibles maniobra que pretende lograr los mismos resultados antes razonados de devolución indebida de los avales, en fraude de ley y vulnerando el derecho de garantía antes citado que ostentaba el ejecutado, en nuestro caso «A». Si se defiende que no cabe la devolución de los avales, tampoco se puede aceptar la meta ilegal de conseguir el mismo efecto por

medio de la maniobra de desistir primero de una ejecución provisional ya despachada lograda con aval, para seguidamente volver a pedirla sin aval conforme a la nueva Ley.

Dice nuestro Tribunal Supremo que cuando un acto jurídico incurre en un fraude de ley, siempre hay una norma legal preferentemente aplicable al caso que resulta defraudada en su virtualidad práctica y otra norma legal distinta que es la que se emplea como cobertura para poder defraudar a la primera, pero que no protege bastante el acto en cuestión, porque éste no constituye su supuesto normal o porque su resultado va dirigido a perjudicar a terceros, y el fraude procesal no es sino una manifestación más del fraude de ley. Aquí la norma vulnerada es el artículo 385 de la LEC de 1881 y las disposiciones transitorias de la nueva LEC y la genérica que sirve de cobertura es el artículo 19 de la LEC de 2000 que contempla el principio dispositivo de las partes. Así pues, debe denegarse la pretensión de «C» por los motivos antedichos.

Resuelto el caso práctico es importante aclarar que a la vista de la redacción de la disposición sexta de las transitorias, y salvando las diferencias entre ejecución forzosa y ejecución provisional, debe entenderse que la alusión que hace la Ley a «procesos de ejecución», permite aplicar dicha disposición tanto a ejecuciones ordinarias como provisionales; o lo que es lo mismo, despachada la ejecución conforme a la Ley de 1881, debe acomodarse la ejecución a la nueva Ley a las actuaciones ejecutivas pendientes que aún puedan realizarse o modificarse, entre las cuales creo que no están ni la devolución del aval, ni la posibilidad de que el ejecutado se oponga a la ejecución conforme a la Ley nueva.

Apuntamos un poco más arriba que la redacción dada por la reforma de agosto de 1984 al artículo 385 de la LEC era excesivamente protectora del ejecutado y que la de los artículos 524 y siguientes de la nueva Ley se pasaba al otro extremo en la protección del crédito del ejecutante; hay soluciones intermedias y entiendo que la más correcta era una que acertadamente ya se contemplaba en nuestro ordenamiento en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, para el juicio verbal del automóvil, que protegía de manera correcta todos los intereses en conflicto.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, art. 385.**
- **Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, art. 524 y ss. y disps. trans.**
- **SSTS de 26 de mayo de 1989, 3 de febrero de 1998, 23 de enero de 1999 y 9 de junio de 2000.**