

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DERIVADA DEL NUEVO RÉGIMEN DE EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA
Letrado del Tribunal Supremo

Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS.
- III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.
 1. Error judicial.
 2. Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.
 3. ¿Responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por la insolvencia del ejecutante provisional?
- IV. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR.
- V. CONCLUSIONES.
- VI. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.

I. INTRODUCCIÓN.

Es la revocación por vía de recurso de una sentencia o pronunciamiento provisionalmente ejecutada la que genera, dentro de la institución de la ejecución provisional, mayores recelos aparte de la doctrina, por la existencia cierta del peligro de que quien se benefició con la ejecución provisional sea luego incapaz de devolver lo percibido o su equivalente pecuniario. Hasta ahora ese riesgo se soslayaba en gran medida solicitando a quien pretendía la ejecución provisional fianza bastante para responder de lo percibido, así como de los daños y perjuicios y costas que se ocasionaran al ejecutado. Pero al desaparecer la caución el ejecutado provisional queda en una cierta situación de desamparo en caso de revocación de lo provisionalmente ejecutado, siendo por ello la revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada el contrapunto de la insinceridad del sistema de ejecución provisional que postula la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Así, la LEC es extremadamente insincera cuando desconoce los múltiples riesgos que para el ejecutado se pueden derivar de un ejecutante insolvente al término de la revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada.

El modelo propuesto por la LEC deviene así en una *suerte de juego de azar* que implica un indudable riesgo para la persona del ejecutado al que se le revoca la condena impuesta. En tales casos, el ejecutante ha de proceder a la reposición, restauración o devolución de lo cobrado u obtenido, lo que en la práctica puede devenir en imposible.

Así, si antes se sospechaba del recurrente frívolo o dilatante y por ello se le ejecuta provisionalmente, ahora, en cambio, el frívolo y burlador de la justicia puede serlo el que ejecuta provisionalmente, lo que se podría haber evitado si la LEC hubiera contemplado unas medidas -que posteriormente serán examinadas- que equilibrarán la posición de las partes tales como:

- Que el Juez de Primera Instancia valorara la posibilidad de revocación de la sentencia.
- Que se examinara la solvencia del ejecutante.
- No le gusta la misma que rige en laboral, previa consignación o depósito para poder recurrir, ya que opina que este caso resulta más gravoso para el ejecutado.

Sin embargo, la única medida que prevé la nueva LEC es la reversión de la situación anterior a la ejecución provisional o la obtención de una compensación económica abriendo para aquél la vía de apremio ante el mismo Tribunal que despachó o aun estuviera despachando la ejecución provisional, contramedida esta que se mueve más en el terreno de la posibilidad que de la probabilidad.

Es por ello que el gran problema que se deriva del proceso de ejecución provisional está en aquellos supuestos en que no sea posible restituir la situación anterior a la ejecución provisional consecuencia de la revocación de la sentencia, porque el ejecutante provisional ya no dispone de los bienes objeto de restitución que ejecutó del patrimonio del ejecutado y se encuentra en situación de insolvencia.

Esta grave situación que perfectamente puede darse en la práctica surge de la difícil compatibilidad entre el carácter ejecutivo de la ejecución provisional y su naturaleza condicionada, pues tratando de amparar la eficacia de la sentencia inicial y la tutela efectiva del litigante que venció en primera instancia, lo que se habrá conseguido es privar de la tutela judicial efectiva al definitivamente

vencedor del pleito. Ante la insolvencia del ejecutante, el ejecutado-apelante no va a poder recibir lo que le atribuya la revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada.

No obstante lo anterior, no debe el ejecutado provisional que ve lesionado su patrimonio con la insolvencia del ejecutante provisional, resignarse a aceptar tal situación, toda vez que el ordenamiento prevé una serie de medidas correctoras, que si bien no son del todo eficaces, sí deben ser valoradas en aras a un posible resarcimiento del daño causado.

Éstas son las que establecen las distintas responsabilidades de aquellos sujetos que intervienen en el supuesto que nos ocupa, concretamente:

- Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados.
- Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. Ésta a su vez presenta modalidades:
 - Error judicial.
 - Responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.
 - Responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator.

A continuación examinaremos cada una de ellas.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS.

Una primera vía hacia la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la insolvencia del ejecutante provisional sería la exigencia de responsabilidad civil contra el Juez o Magistrado causante de la resolución de primera instancia que provocó la ejecución provisional. Sin embargo, y por las razones que a continuación expondremos, esta acción civil devendrá estéril en la casi totalidad de las ocasiones en que la misma se intente por parte del ejecutado provisional que no puede recobrar su patrimonio por la insolvencia del ejecutante provisional.

Esta modalidad de responsabilidad viene recogida expresamente en los artículos 411 a 413 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), declarando el primero de ellos que «Los Jueces y Magistrados responderán civilmente de los daños y perjuicios que causaren, cuando en el desempeño de sus funciones incurrieren en dolo o culpa».

El análisis de la jurisprudencia evidencia la dificultad práctica de esta acción directa contra el Juez o Magistrado causante de un perjuicio, dado lo restrictivo de la misma. Ésta se recoge en tres trascendentes Sentencias de la Sala Primera de 23 de diciembre de 1988, 5 de octubre de 1990 y 10 de mayo de 2000, resoluciones en las que se analiza los requisitos que debe reunir la acción de responsabilidad civil contra un Juez o Magistrado. Las dificultades para cumplimentar estos requisitos son evidentes:

- a) En primer lugar se define la acción con gran estrechez, así la acción no puede basarse en errores, sino en comportamiento doloso o negligente, debiendo pues descansar esta exigencia de responsabilidad bien en una actuación dolosa bien culposa.

- b) Se contraponen el concepto de error judicial al de dolo o culpa grave, sentando el Tribunal Supremo (TS) un principio básico para la comprensión de la materia que es que cuando hay error no puede haber dolo o culpa. Sin embargo, esta diferenciación en la práctica resulta muy difícil, ya que ambos conceptos pueden concurrir perfectamente, puesto que el error es el efecto del que el dolo o culpa pueden ser su causa. En otras palabras y siguiendo a Díez-PICAZO «la culpa es más bien la calificación de una acción u omisión, mientras que el error es el resultado».
- c) Cuando un Juez o Magistrado adopta, con relación a un asunto concreto, un criterio interpretativo discutible, incluso erróneo, no nos encontramos con un supuesto de responsabilidad civil de Jueces y Magistrados, ya que este tipo de responsabilidad por negligencia o ignorancia grave sólo podrá aparecer con relación a la infracción de una norma de las denominadas por la jurisprudencia como rígidas o no flexibles en los que no será posible apreciar error judicial.

A la vista de lo anterior, en la práctica no será fácil que el perjuicio derivado de un error judicial se resarza mediante la acción de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados, por cuanto lo más práctico y sensato en este tipo de situaciones sería dirigir nuestra acción de responsabilidad contra el Estado-Juez (art. 121 Constitución Española), siendo preferible una acción contra el Estado que contra un funcionario, no sólo por su solvencia sino, sobre todo, por el hecho de que su responsabilidad es objetiva lo que evita tener que probar el dolo o la culpa del funcionario judicial.

III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Ésta presenta una doble y distinta vertiente, que aparece netamente proclamada en el artículo 121 de la Constitución «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley» y claramente diferenciada en los artículos 292 y 293 de la LOPJ, siendo las mismas por un lado el *error judicial* propiamente dicho y por otro el *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*.

Así, la LOPJ contiene una serie de normas como las ya citadas -292 y 293- de carácter procedimental acerca del proceso para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez que por su complejidad suponen en la práctica una seria limitación de la eficacia de esta institución. Veamos, pues, a continuación los problemas que plantea la aplicación de estas instituciones con el objeto de dar satisfacción al ejecutado provisional que no puede recobrar lo inicialmente ejecutado por la insolvencia del ejecutante provisional.

1. Error judicial.

a) Procedimiento.

Esta vía o proceso especial de reconocimiento del error judicial se caracteriza en **primer lugar** por su naturaleza subsidiaria, al estar condicionado el inicio del proceso por la exigencia de agota-

miento previo de todos los recursos previstos en el ordenamiento jurídico contra la resolución judicial presuntamente errónea.

Es decir, aplicado lo anterior al supuesto concreto que nos ocupa, no podría iniciarse un procedimiento de reclamación de responsabilidad por error judicial hasta que no recaiga sentencia firme, de manera que en la mayoría de las ocasiones -si no se presentan los recursos expresados en el art. 466 LEC, casación o extraordinario por infracción procesal- la misma se obtendrá en el seno del recurso de apelación. El problema será que dada la generosidad con que se regula en la LEC el denominado recurso extraordinario por infracción procesal o incluso el recurso de casación el efecto dilatorio que la interposición de estos recursos tendrá con relación a una posible reclamación de responsabilidad por error judicial serán más que probables.

En **segundo lugar**, se caracteriza por la naturaleza meramente declarativa al tener como finalidad exclusivamente la obtención de una decisión judicial del TS en la que se reconozca formalmente la existencia de un error en una resolución judicial firme, sin posibilidad de que por parte del Alto Tribunal se revisen los criterios adoptados por el órgano judicial en la resolución errónea que da lugar a la ejecución provisional ni pronunciarse sobre la concurrencia o no de los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ni, por supuesto, fijar o determinar la cuantía de la indemnización pertinente para compensar los daños causados por el error.

Una vez obtenida la sentencia del TS estimatoria del error judicial, ésta constituye un presupuesto inexcusable o título habilitante para el ejercicio de una ulterior acción de resarcimiento por responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por error judicial que determinará el inicio de una segunda fase de carácter administrativo. Esta acción de reclamación de indemnización se promoverá ante el Ministro de Justicia, tramitándose conforme a lo dispuesto en las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado -Título X Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, y RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Rgto. de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial-.

Ahora bien, como la sentencia del TS estimatoria del error judicial no es título bastante de carácter ejecutivo y vinculante para el Ministerio de Justicia, éste, en el ejercicio de la competencia que tiene atribuida legalmente, puede acordar la desestimación de la pretensión indemnizatoria por considerar que no ha concurrido alguno de los requisitos necesarios para su reconocimiento. Ante ello el interesado podrá acudir nuevamente a la vía judicial mediante la interposición de un recurso contencioso-administrativo que sería resuelto según los casos por la Audiencia Nacional o por el TS, dándose la paradoja de que este último órgano judicial podría pronunciarse de nuevo sobre un caso de responsabilidad patrimonial del Estado por causa de error judicial que anteriormente ya había sido declarado por alguna de las Salas del TS, aunque en este momento procesal sí podría entrar a valorar la concurrencia o no de todos los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado y fijar, si así procediera, la cuantía de la indemnización correspondiente.

Todo ello configura un proceso que es una auténtica «carrera de obstáculos» que en la práctica hará que el perjudicado por la ejecución provisional desista en la mayoría de las ocasiones de acudir a este tipo de reclamación por error judicial.

La acción judicial para el reconocimiento del error está sujeta a un plazo de caducidad de tres meses -art. 293.1 a) LOPJ- a contar desde el día en que pudo ejercitarse. Asimismo, no procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento y no impedirá su mera solicitud la ejecución de la resolución judicial en cuestión.

La competencia se atribuye -art. 293.1 b) LOPJ- ante la Sala de lo Civil del TS, siendo el procedimiento a aplicar el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado.

b) Actuación determinante del daño.

Los artículos 121 de la Constitución Española y 292.1 de la LOPJ se refieren en primer término a los «daños causados por error judicial», concretando el artículo 292.3 de la LOPJ que «la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización».

Así se podría establecer como regla general, si bien con ciertas reservas que *son indemnizables aquellos errores graves no susceptibles de ser enmendados por el órgano judicial antes de finalizar el proceso, una vez dictada sentencia o a través de los recursos que el ordenamiento jurídico establece*.

En este sentido la Sentencia de 17 de enero de 2000 declara «que sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial».

Todo error judicial ha de dimanar necesariamente de una resolución judicial manifiestamente equivocada, bien con relación a la fijación de los hechos o a la interpretación y aplicación de las normas.

Del examen de la jurisprudencia podemos extraer las siguientes conclusiones:

- **El error judicial puede afectar a los hechos o al Derecho y debe ser palmario y evidente.**

Su construcción es netamente jurisprudencial, doctrina que cabe resumir en los siguientes términos «incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación y aplicación de la Ley», es decir, «se reserva a supuestos de decisiones injustificables desde el punto de vista del Derecho», no pudiendo originarse en el mayor o menor desacierto en que hubieran podido incurrir los órganos jurisdiccionales al interpretar y aplicar las normas legales, sino, esencialmente, desatender datos indiscutibles que generen una resolución esperpéntica al problema que les fue planteado y dando lugar a una ruptura en la armonía del orden jurídico.

Según las Sentencias del TS (de su Sala Especial de 8 de marzo y 19 de noviembre de 1993), «el error judicial viene determinado por un desajuste objetivo, patente e indudable, con la realidad fáctica o con la normativa legal, habiendo de tratarse de un error craso, evidente e injustificado o, lo que es lo mismo, un error patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas o irracionales, generadoras de una resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico».

• **Debe apreciarse de forma objetiva, sin tener en cuenta el dolo o la culpa del que lo haya cometido.**

Así, aun cuando no hubiese existido dolo o culpa grave, el Estado responderá directamente sin perjuicio de que pueda repetir contra el Juez o Magistrado que hubiese incurrido en error.

• **El error puede referirse a la forma o al contenido de la resolución judicial.**

Siempre que se delimite el daño y, por supuesto, sea como ya hemos visto, flagrante, es indiferente que afecte al fondo o a la forma.

• **Prisión preventiva.**

El supuesto más típico y frecuente de error judicial lo constituye el plasmado de manera expresa en el artículo 294 de la LOPJ que declara «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios».

La aplicación de este caso típico de error judicial al supuesto que nos ocupa -lo que no es fácil dada la heterogeneidad entre los objetos- no hace más que reafirmarnos en la dificultad que tendrá el ejecutado provisional para obtener de la Administración una respuesta favorable a la pretensión de que se le resarzan los daños irrogados por la ejecución provisional diseñada por la LEC. De dicho precepto y de la jurisprudencia que lo interpreta, se deduce que no bastará la existencia de una sentencia absolutoria para que nazca el derecho a ser resarcido por el tiempo que un individuo permaneció en prisión preventiva, sino que además esa sentencia absolutoria se ha de basar, bien en la inexistencia del hecho imputado -único supuesto contemplado en el art. 294 LOPJ-, bien por la imposibilidad de participación en los hechos delictivos -este supuesto es reconocido por la jurisprudencia-, evidenciándose que si para el supuesto más flagrante y grave de error judicial que puede contemplarse por la privación de libertad que ello supone, los requisitos exigidos hacen que sea muy restrictiva su apreciación, qué no se exigirá en aquellos casos en que la privación es meramente patrimonial.

2. Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Este supuesto, a diferencia del anterior, no requiere la existencia de resolución judicial ni la tramitación del procedimiento descrito, sino que en este caso el interesado que entienda producido ese supuesto funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ha de dirigir su pretensión indemnizatoria al Ministerio de Justicia (art. 293.2 LOPJ).

En primer lugar se da una importante diferencia respecto de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, ya que ésta nacerá siempre que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo únicamente en los casos de fuerza mayor. A tenor de la norma únicamente nace la responsabilidad del Estado-Juez cuando el funcionamiento sea anormal.

En segundo lugar, se hace preciso distinguir este tipo de responsabilidad de la derivada de error judicial. Así, siguiendo a Díez-Picazo, el error judicial será una especie del género «funcionamiento anormal», precisando que el error judicial entraña siempre una actividad de juicio, que exige garantías y requisitos a la hora de declarar el error, lo que no ocurre en los demás supuestos del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Esta diferencia es evidente en los supuestos típicos, como, por ejemplo, entre la condena por un delito que no se ha cometido -error judicial- y la dilación indebida en la tramitación de un proceso -funcionamiento anormal-.

Pero no siempre la diferencia es tan clara. Se ha formulado como principio general para distinguir ambas figuras la de identificar el sujeto causante, más que encontrar el concepto en que encaja el hecho.

Parece evidente que para que pueda hablarse de error judicial se requiere la actuación del órgano judicial en sentido estricto. La actuación de cualquier otro funcionario que no sea Juez o Magistrado podrá dar lugar a responsabilidad por funcionamiento anormal pero no por error judicial. Podría así limitarse el error judicial a los que se cometan en la sentencia y no en cualquier otra resolución; pero aunque se trate del supuesto típico, no tiene razón en excluir a otras resoluciones, como los autos, aunque muy difícilmente pueden incluirse las providencias. En consecuencia, y en palabras de GONZÁLEZ PÉREZ, «si no existe resolución no cabe hablar de error judicial».

3. ¿Responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por la insolvencia del ejecutante provisional?

En estos casos el único remedio posible sería pensar en supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal, o en un error judicial, del artículo 121 de la Constitución Española, en relación con los artículos 292 y siguientes de la LOPJ.

Ahora bien, como en la nueva configuración de la ejecución provisional no se exige fianza alguna al ejecutante para obtener la ejecución provisional, ni garantía alguna para disponer, en su caso, de los bienes que haya podido obtener del patrimonio del ejecutado, si se produce la revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada será difícil establecer una responsabilidad del Juez de Primera Instancia que determinó la ejecución provisional. Tal conclusión se fundamenta, sintéticamente, en las razones siguientes:

1. Porque la admisión de la ejecución provisional viene impuesta, prácticamente de forma imperativa, por el mero hecho de solicitarla (art. 527.3 LEC), con limitación de los medios de oposición y con ausencia de recursos, tanto contra el auto que la despacha, como contra el auto que resuelva, en su caso, la oposición. Es decir, existe un margen de valoración y de discrecionalidad judicial muy limitado.

2. El error tiene que ser manifiesto, palmario y ostensible de todo sentido lógico, si viene referido a la aplicación del derecho, o con divergencias notorias con los datos fácticos del litigio (SSTS de 18 de abril y 2 de junio de 1992). Además, tiene que ser objetivo y no sólo derivar la interpretación de quienes fuesen parte o se sientan perjudicados (STS de 15 de febrero de 1991).

3. La responsabilidad no puede derivar automáticamente, en ningún caso, de la mera revocación de la sentencia, pues tal circunstancia no supone una revisión de la actuación del Juez de instancia, sino un nuevo análisis por parte del Tribunal de apelación de los hechos básicos del proceso y del derecho aplicable, y ello sin olvidar que la diversidad de criterios jurídicos no puede suponer un error en el sentido que estamos examinando -error judicial-, sino una valoración diferenciada del supuesto enjuiciado. Al respecto, es criterio jurisprudencial reiterado (SSTS de 14 de diciembre de 1993, 15 de marzo de 1997, 24 de octubre de 1998 y 26 de julio de 1999) que el error judicial no trata de corregir el acierto o el desacierto del juzgador, sino, en su caso, de verificar una decisión contraria a la legalidad, absurda, disparatada o intensamente equivocada, causante de ruptura de la armonía del necesario orden jurídico procesal y sustantivo, lo cual, en ningún caso se producirá exclusivamente por la simple revocación de la sentencia de instancia, provisionalmente ejecutada.

4. En los casos de fianzas y cauciones, la Sentencia del TS de 23 de diciembre de 1988, dictada en un supuesto de responsabilidad derivado de una ejecución provisional, por acordar una fianza de escasa cuantía (25.000 ptas.) para asegurar un pago muy superior (8.727.135 ptas.), declaró «cuando un precepto como el artículo 1.786 LEC no señala una cuantía ni porcentaje es evidente que su fijación ha de atemperarse a las circunstancias objetivas y subjetivas del procedimiento, prudencial por el Juez o Magistrado, flexibilidad, con arreglo a la sana crítica, cuyo fallo en su caso concreto podrá judicialmente constituir si acaso y todo lo más un error judicial, pero nunca una negligencia o ignorancia inexcusable apropiada a actuaciones culposas o dolo de quien interpreta una norma que señala un pronunciamiento flexible...».

5. En todo caso será preciso distinguir, como ha indicado la jurisprudencia, según se haya vulnerado una norma **rígida**, como admitir la ejecución provisional en los casos del artículo 525 de la LEC -sentencias no provisionalmente ejecutables- o frente a sentencias sin pronunciamiento de condena -incumpliendo el art. 524 LEC-, o una norma **flexible** (SSTS de 23 de diciembre de 1988 y 5 de octubre de 1990), como la aceptación de medidas alternativas (art. 528.3 LEC), o la fijación de una caución (arts. 528 y 529 LEC), supuestos en los que difícilmente se podrá apreciar error judicial. Por ello, la Sentencia del TS de 10 de mayo de 2000 indica que «la negligencia o ignorancia manifiesta debe serlo infringiendo una norma de las denominadas rígidas y no flexibles».

IV. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR.

Por último, abordamos un tipo de responsabilidad que ha sido la última en ser aceptada en nuestro ordenamiento jurídico, en clara contraposición con numerosos ordenamientos que niegan la posibilidad de la existencia de la responsabilidad derivada de actos legislativos. Este tipo de responsabilidad no significa más que los daños y perjuicios causados por las leyes, deben ser indemnizados.

Y no ha sido hasta fecha reciente, concretamente hasta la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando se ha reconocido de manera positiva este tipo de responsabilidad, por cuanto su artículo 139.3 dispone que «Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no

tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos», redacción que al igual que el resto del articulado de la Ley ha recibido unánimes críticas, centrandó las mismas en el dato de que la responsabilidad no sólo podrá existir cuando así se establezca en los propios actos legislativos sino también cuando una ley produzca perjuicios evidentes no especificados. Además resulta contrario a la Constitución, concretamente a su artículo 9.º 3, que se autolimita la responsabilidad sólo con respecto a aquellos actos legislativos que expresamente reconozcan la posibilidad de irrogar daños a los particulares. Y, por último, ¿qué hemos de entender por la expresión? «que éstos no tengan el deber jurídico de soportar», toda vez que la finalidad última de toda ley en sentido formal es la de su cumplimiento por parte de los destinatarios de la misma, sin perjuicio de la indemnización a que hubiera lugar por los daños que a la esfera patrimonial de los particulares se pudieran derivar de su aplicación.

Por lo que respecta a su evolución jurisprudencial, la situación no ha sido más halagüeña al establecerse de una manera muy restrictiva y reacia la posibilidad de responsabilidad por actos legislativos. En este sentido, es importante mencionar la Sentencia del TS de 11 de octubre de 1991, ya que proclamó la existencia de tres vías que originaban la obligación del Estado de resarcir los daños causados por la aplicación de las leyes:

- Cuando tengan un contenido expropiatorio: este supuesto no sería de aplicación al caso que nos ocupa.
- Cuando haya sido declarada la inconstitucionalidad: tampoco es aplicable.
- Cuando los resultados a que conduzca su aplicación «merezcan algún grado de compensación»: éste sería el punto de conexión más apropiado para lograr que se indemnicen los perjuicios patrimoniales causados al ejecutado provisional por la aplicación de un texto legislativo que produjo la transferencia patrimonial al ejecutante que posteriormente devino, por la falta de previsión de la LEC de medidas de aseguramiento, en insolvente. Sin embargo, posteriores sentencias rechazaron expresamente esta causa de responsabilidad del legislador por cuanto ésta requiere su declaración de inconstitucionalidad y la existencia de norma expresa sobre indemnización. Y más si tenemos en cuenta que la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 30 de noviembre de 1992 negó que el Estado responda por los daños y perjuicios causados por las leyes, salvo en la medida en que la propia Ley disponga lo contrario.

Es precisamente de esta sentencia de donde se pueden extraer los principios generales en virtud de los cuales se hace preciso un previo desarrollo legislativo para que se pueda apreciar responsabilidad del poder legislativo:

Por ello resulta muy complicado y difícil aventurar que una pretendida solicitud de responsabilidad del Estado legislador por la forma que éste ha tenido de normar la ejecución provisional pudiera tener éxito a la luz de la jurisprudencia actual, por lo que habrá que estar expectantes sobre las futuras reclamaciones que en este sentido planteen los afectados por la insolvencia del ejecutante provisional como resultado de la falta de adopción de medidas en la LEC para su evitación.

V. CONCLUSIONES.

Las indudables ventajas que conlleva el nuevo sistema de ejecución provisional diseñado por la LEC y que se concretan en el reforzamiento de la primera instancia -eliminando la denominada justicia de ensayo- y en una presunta disminución de la litigiosidad civil, no deben hacernos ocultar que la misma entraña una situación de riesgo que curiosamente ha sido soslayada de plano por la mayoría de la doctrina elaborada con relación a la nueva LEC, aduciendo razones tan faltas de consistencia como que los ejecutantes por regla general son más solventes que los ejecutados y que al no ser obligatoria la ejecución provisional el acreedor hará bien en no solicitarla si tiene la creencia de que la sentencia se va a ver revocada en segunda instancia.

Ese gran riesgo anunciado y que no es otro que la insolvencia del ejecutante provisional que ve revocada en segunda instancia la sentencia por la que se produjo la transferencia patrimonial, podría haber sido mitigado si el legislador hubiera adoptado medidas de cautela que, sin desnaturalizar el fin pretendido, limitaran la posibilidad de que el ejecutante provisional dispusiera de todo el patrimonio recibido por parte del ejecutado provisional, entre las que cabe proponer las siguientes:

1. Introducción de la medida de que el Juez de Primera Instancia pudiera valorar la posibilidad de revocación futura de la sentencia, a fin de que la misma, junto con los demás elementos presentes, hicieran necesaria la adopción de algún tipo de cautela en la disposición patrimonial de los bienes ejecutados por parte del ejecutante.
2. Examen por parte del Juez de la solvencia del ejecutante de manera que si del mismo se evidenciara el riesgo de la transferencia patrimonial o bien no se despachará la ejecución o se despachará con garantías. Ésta quizá sería la medida más apropiada con el fin de soslayar el problema planteado. Ahora bien, esta posibilidad choca frontalmente con la finalidad perseguida por el legislador, en el sentido de despachar *ex lege* la ejecución provisional una vez dictada sentencia de condena, aspecto este, que en el caso de que el Juez de ejecución examinara la solvencia del ejecutante, se vería en entredicho y en muchas ocasiones totalmente obviado. Una práctica, apartada de la legalidad, que se está llevando a cabo en estos primeros momentos de aplicación de la nueva LEC es que el órgano jurisdiccional de la ejecución se oponga de plano a la misma con el fin de que sea el órgano jurisdiccional de apelación por vía de recurso el que se pronuncie sobre la ejecución provisional solicitada por el que ha obtenido una respuesta favorable a sus pretensiones.
3. Al igual que existe en el procedimiento laboral, se podría haber introducido la figura de la previa consignación o depósito de la cuantía litigiosa como requisito previo a la interposición de recurso.
4. La posibilidad de adopción de medidas de aseguramiento -concepto introducido por ORTELLS RAMOS- en lo que se refiere a la disposición de los bienes objeto de ejecución (por ejemplo, prohibición de disposición de valores mobiliarios).

Sin embargo, el legislador ha optado por establecer una ejecución provisional en la que el refuerzo de la posición del acreedor se vea hasta tal punto protegida que ha hecho olvidar que su situación

con relación a los bienes ejecutados es meramente provisional. Sin duda, ha pesado la creencia de que las revocaciones no se producirán en tal número que pudieran dar lugar a la insolvencia del ejecutante provisional, introduciendo con ello un elemento más a valorar por el juzgador de segunda instancia, que resulta ajeno a los elementos que el mismo ha de tener en consideración a la hora de resolver una apelación. En consecuencia, habrá que estar muy atentos a lo que depare la futura aplicación de la ejecución provisional y a las medidas que puedan instar los ejecutados provisionales que han visto dispuesto su patrimonio por parte del ejecutante de manera que se vea imposibilitado en su recuperación, disposición que cabe atribuir en última instancia a una disposición del legislador, por lo que nos inclinamos, no sin cautelas, a la solicitud de responsabilidad del Estado-Legislador a fin de resarcirse de los perjuicios que la aplicación de un acto legislativo ha tenido en la esfera patrimonial del ejecutado provisional.

Una posible solución -apuntada por Díez-PICAZO¹- que flexibilizaría la radical postura de la LEC ante la ejecución provisional sería extender la finalidad de la caución establecida en el artículo 528.3 de la LEC. Así, este precepto declara que «si la sentencia fuese de condena dineraria, el ejecutado no podrá oponerse a la ejecución provisional, sino únicamente a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando entienda que dichas actuaciones causarán una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios. Al formular esta oposición a medidas ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone, así como ofrecer caución suficiente para responder de la demora en la ejecución, si las medidas alternativas no fuesen aceptadas por el Tribunal y el pronunciamiento de condena dineraria resultare posteriormente confirmado».

Así, una interpretación meramente literal del precepto nos lleva a configurar la caución como una contramedida para responder de la demora en la ejecución en el caso de que las medidas alternativas propuestas por el ejecutado provisional no fueran aceptadas por el Tribunal y el pronunciamiento de condena resultare posteriormente confirmado. Sin embargo, no resultaría descabellado ampliar el objeto de la caución en aras a suavizar los efectos de la transmisión patrimonial que ex lege se produce por la sentencia de condena en primera instancia. En este sentido la cuantía de la caución o garantía no debería, únicamente, limitarse a un pequeño porcentaje de la condena sino al importe total de la misma, de manera que se erigiera la misma como una opción más para el ejecutado junto con el ofrecimiento de medidas alternativas. Así, el ejecutado podría ofrecer medidas alternativas y ofrecer caución o hacer cualquiera de las dos cosas aisladamente.

Si ofrece medidas alternativas y el Tribunal las considera posibles y de eficacia similar a las adoptadas, deberá sustituir éstas por aquéllas sin más (incluso sin entrar a apreciar si concurre o no la absoluta imposibilidad de restauración o compensación). En segundo lugar, el ejecutado puede ofrecer prestar caución suficiente, tanto para el caso de que las medidas alternativas no sean aceptadas o incluso sin indicar éstas.

¹ A. DE LA OLIVA SANTOS, I. Díez-PICAZO JIMÉNEZ, J. VEGAS TORRES Y J. BANACLOCHE PALAO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

VI. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.

La disposición transitoria tercera de la LEC declara que «salvo lo dispuesto en la disposición transitoria primera -que se refiere a la impugnación de las resoluciones interlocutorias y no definitivas que se dicten en los procesos tras la entrada en vigor de la LEC, le será de aplicación el régimen de recursos ordinarios que en ella se establece-, cuando los procesos de declaración se encontraren en segunda instancia al tiempo de la entrada en vigor de esta Ley, se sustanciará esa instancia con arreglo a la Ley anterior y, a partir de la sentencia, se aplicará, a todos los efectos, la presente Ley.

No obstante, podrá pedirse conforme a lo dispuesto en esta Ley la ejecución provisional de la sentencia estimatoria apelada».

Examinando esta disposición transitoria con los supuestos cronológicos que pueden plantearse tenemos lo siguiente:

- **Sentencias dictadas con posterioridad al 8 de enero de 2001:** es claro que resultará de aplicación el nuevo régimen de ejecución provisional de la LEC de manera que ya no podrá exigirse caución alguna para el despacho de la ejecución.
- **Sentencias dictadas con anterioridad al 8 de enero de 2001 y que aún no se encuentren ejecutadas en su integridad:** en este caso también resultará de aplicación el nuevo régimen de ejecución provisional de la LEC, de manera que si en su día no se solicitó la ejecución provisional de una sentencia el favorecido por la misma podrá ahora instar la ejecución provisional con arreglo al nuevo sistema.
- **Sentencias dictadas con anterioridad al 8 de enero de 2001 y cuya ejecución provisional se ha llevado a efecto con arreglo al sistema de la derogada LEC.** Éste es el supuesto más controvertido. Así, hay autores -DÍEZ-PICAZO- que estiman que en este caso se daría un supuesto de retroactividad por la cual se podría solicitar, con respecto a la ejecución provisional llevada a efecto con arreglo a la LEC de 1881, el alzamiento de la caución en su día constituida e instar que prosiga la ejecución provisional en su día despachada con arreglo a la nueva LEC. Sin embargo, también se alzan voces en contra de esta postura y que se fundamentan en el límite de cosa juzgada que alcanza a las resoluciones que resolvían la ejecución provisional -generalmente adoptaba la forma de auto aunque también existía una práctica frecuente que lo resolvía a través de providencia- y que no puede ser modificada a través de la entrada en vigor de la nueva LEC.