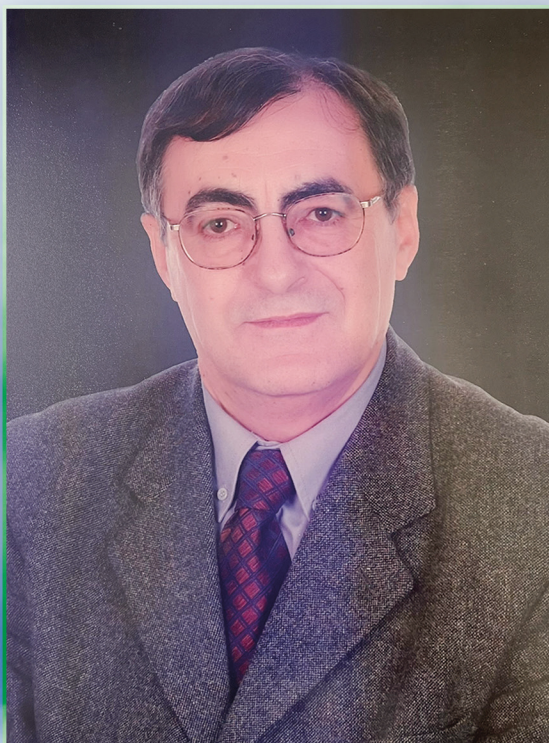


Liber amicorum
Manuel-Jesús Cachón Cadenas

De la Ejecución a la Historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas

Libro IV. Ejecución procesal



**De la ejecución a la historia
del Derecho Procesal y de sus
protagonistas. Liber Amicorum
en homenaje al Profesor
Manuel-Jesús Cachón Cadenas**

LIBRO IV: EJECUCIÓN PROCESAL

De la ejecución a la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas

LIBRO IV: EJECUCIÓN PROCESAL

Carmen Navarro Villanueva

Núria Reynal Querol

Francisco Ramos Romeu

Arantza Libano Beristain

Consuelo Ruiz de la Fuente

Santi Orriols García

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Los autores

© 2025 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13-87543-76-1

Depósito legal: B 8618-2025

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

Impresión: SAFEKAT

Índice

I. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES	11
<i>Pedro Álvarez Sánchez de Movellán</i>	
II. LA EJECUCIÓN PENAL: UNA MIRADA HACIA LOS PRINCIPALES RETOS Y DESAFÍOS	41
<i>Laura Álvarez Suárez</i>	
III. EJECUCIÓN FORZOSA EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	61
<i>Rafael Arenas García</i>	
IV. PROCESO DE EJECUCIÓN CIVIL Y ALGORITMOS	85
<i>Silvia Barona Vilar</i>	
V. EL ÉXITO DE LA ENTIDAD ESPECIALIZADA: NUEVOS HORIZONTES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES	117
<i>Elisabet Cerrato Guri / Roser Casanova Martí</i>	
VI. ANALISIS JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL IMPEDIR LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	133
<i>Eneko Etxeberria Bereziartua</i>	
VII. CONTROL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: LA FORZOSA (Y FORZADA) ADECUACIÓN DEL MODELO TRADICIONAL DE EJECUCIÓN CIVIL A LOS ESTÁNDARES EUROPEOS	175
<i>Jesús María González García</i>	

VIII. LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	205
<i>Carlos Górriz López / Miriam Magdalena Cámara</i>	
IX. MUJERES EXTRANJERAS EN PRISIÓN. UNA REVISIÓN DE LA NORMATIVA NACIONAL, EUROPEA E INTERNACIONAL	237
<i>Noemí Hernández Jiménez</i>	
X. LAS REFORMAS DE LA ACCION RESCISORIA CONCURSAL DESDE LA LEY CONCURSAL DEL 2003.	249
<i>Josefina Huelmo Regueiro</i>	
XI. UNA APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROCESAL DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL	263
<i>Antonio M^a Lorca Navarrete</i>	
XII. UNA INSTITUCIÓN PROCESAL ANTE LA REALIDAD: BASES TEÓRICAS SOBRE LA EMBARGABILIDAD DE ACTIVOS DIGITALES	281
<i>Fernando Martín Diz</i>	
XIII. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN CIVIL POR PREJUDICIALIDAD CIVIL. UN PROBLEMA SOBRE REGLAS PROCESALES, EXCEPCIONES EXPLÍCITAS Y EXCEPCIONES IMPLÍCITAS	303
<i>Carlos de Miranda Vázquez</i>	
XIV. LECTURA CONSTITUCIONAL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE HOMOLOGACIÓN DE PLANES DE REESTRUCTURACIÓN	327
<i>Belén Mora Capitán</i>	
XV. LA PROCURA Y EL ACCESO AL PUNTO NEUTRO JUDICIAL. UNA PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA	337
<i>Vicente Pérez Daudí</i>	
XVI. EL DESISTIMIENTO DEL EJECUTANTE FRENTE AL MEJOR DERECHO DEL TERCERISTA	367
<i>María Ángeles Pérez Marín</i>	
XVII. CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN TORNO A LA MODALIDAD ORDINARIA DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD	385
<i>Esther Pillado González / Tomás Farto Piay</i>	
XVIII. PROPUESTA DE LEGE FERENDA: EL PUNTO NEUTRO JUDICIAL.	419
<i>Cristina Riba Trepát</i>	

XIX. LA MANIFESTACIÓN DE BIENES POR EL DEUDOR EN LA EJECUCIÓN CIVIL . .	427
<i>Manuel Richard González</i>	
XX. MENOS INVENCIÓN, MÁS PROFESOR CACHÓN.	437
<i>Luis Rodríguez Torres</i>	
XXI. LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS NO DINERARIAS	443
<i>Consuelo Ruiz de la Fuente</i>	
XXII. EL TRIUNFO DE LA ESTRUCTURA SIMPLE DEL EMBARGO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000	461
<i>Josep M. Sabater Sabaté</i>	
XXIII. ESPECIALIDADES DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA NAVAL.	467
<i>Eliseo Sierra Noguero</i>	

I | Las medidas cautelares y el proceso de impugnación de acuerdos sociales¹

Pedro Álvarez Sánchez de Movellán
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de León

SUMARIO: 1. RÉGIMEN LEGAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEC. 2 LA ADAPTACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES AL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. 2.1 LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LOS ACUERDOS IMPUGNADOS. 2.1.1 Antecedentes normativos y valoración de la medida. 2.1.2 Suspensión cautelar de acuerdos y caracterización de las medidas cautelares. 2.1.3. Accesoriedad de las medidas cautelares e incidente de impugnación de acuerdos. 2.1.4. Sobre la legitimación para solicitar esta medida. 2.1.5. Algunas pautas para la valoración de los presupuestos procesales de las medidas cautelares. 2.1.5.1 La apariencia de buen derecho. 2.1.5.2 El peligro de la mora procesal y la restricción sobre la impugnabilidad de acuerdos. 2.5.3 La caución en la suspensión cautelar del acuerdo social. 2.1.6. Criterios de imposición de costas en la suspensión cautelar del acuerdo. 2.2. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA EN REGISTROS PÚBLICOS. 3. CONCLUSIÓN. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. Régimen legal de las medidas cautelares en la LEC

El art. 721 LEC, partiendo de la necesaria instancia de parte, entiende las medidas cautelares como la posibilidad de todo actor de solicitar del tribunal «la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare». Ciertamente, la tutela judicial es efectiva desde el momento que la resolución estimatoria ha sido cumplida voluntariamente o ejecutada judicialmente. Para ello es necesario disponer de las resoluciones o documentos extrajudiciales a los que la ley reconoce la fuerza ejecutiva. Como recuerda CACHÓN CADENAS² *nulla executio sine titulo*.

1. El presente trabajo forma parte de la obra *Estudios sobre la impugnación de acuerdos sociales*. Editorial Dykinson S.L. Madrid 2015.

2. CACHÓN CADENAS, Manuel. La ejecución procesal civil. Atelier, Barcelona, 2014.

Reconociendo que las comparaciones pueden ser desafortunadas, tampoco parece arriesgado afirmar que, si cabe, en el ámbito del Derecho mercantil la búsqueda de la eficacia en general y la «lucha contra el tiempo» que lastra la efectividad del proceso en particular son objetivo absolutamente prioritario. Ya hicimos mención de la referencia que se hace en la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014 a las «exigencias derivadas de la eficiencia empresarial» que no son más que un recordatorio del principio que ha motivado el mismo origen del proceso de impugnación de acuerdos sociales³.

Fuera de los principios inspiradores de la LSC y de la reforma de la misma llevada a cabo por la Ley 31/2014, la regulación de las medidas cautelares respecto del proceso de impugnación de acuerdos tenemos que buscarla en la LEC. Es sabido que, sin perjuicio de mayor detalle, en la LEC se afronta la regulación de las medidas cautelares partiendo de la referencia a los principios generales que rigen las mismas y siguiendo con la estructuración de un procedimiento general para la solicitud por la parte y adopción por el Tribunal de concretas medidas cautelares.

Es aquí, en la determinación de la concreta medida cautelar respecto de una concreta pretensión, donde la LEC baja de una regulación generalista a una especialización de las previsiones normativas. Con base en la llamada «funcionalidad» de las medidas cautelares, deberá procurarse que haya adecuación entre la pretensión que se ejercite y el contenido de la medida cautelar solicitada. De ahí que el art. 726.2 LEC señale que «el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte». Y es esta funcionalidad del art. 726.2 la que da lugar al elenco de medidas cautelares que se recogen en el art. 727 LEC. Termina este artículo con una mención abierta a la adopción de medidas cautelares innominadas, que en último extremo garanticen que siempre quede atendida la referida funcionalidad⁴. Pero antes de llegar a esta cláusula de cierre se recogen medidas concretas de carácter general, como las anotaciones en Registros públicos (art. 727.5ª y 6ª LEC) o medidas de carácter especial, como la suspensión cautelar de acuer-

3. Recordamos las palabras de la Exposición de Motivos de la LSA/1951, en su apartado III cuando afirma que «pieza esencial del mecanismo impugnatorio había de ser la regulación del correspondiente procedimiento judicial si se quería evitar que la impugnación de los acuerdos de las Juntas generales, como medio de garantizar los derechos de las minorías, quedase reducida a una reforma platónica como necesariamente tenía que ser subsistiendo la necesidad de acudir a un juicio declarativo de mayor cuantía con sus dos instancias y un recurso de casación, para conseguir la anulación de los acuerdos de la Junta. A tal fin se articula un procedimiento especial de tramitación abreviada».

4. Nos referimos al número undécimo del art. 727 LEC, según el cual se podrán acordar «aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio».

dos sociales (art. 727.10ª LEC) cuya incidencia en el proceso de impugnación de acuerdos vamos a analizar.

2. La adaptación de las medias cautelares al proceso de impugnación de acuerdos sociales

Enjuiciando un recurso de apelación contra una denegación de suspensión de acuerdos sociales el AAP de Madrid (Sección 11ª) núm. 114/2005 de 20 mayo, F.J. 2 (JUR 2005\173318) centra en los siguientes términos la relación existente entre esta medida cautelar y la tutela otorgada por el proceso de impugnación de acuerdos. «Las medidas cautelares, entendidas como expediente mediante el cual se persigue la efectividad de la resolución que en su día pueda recaer en el litigio, constituyen, cada vez con más frecuencia, mecanismos, en muchos casos necesarios para el fin indicado, que gozan de un amplio respaldo tanto legal, como constitucional, siendo varias las resoluciones en las que el Alto Tribunal ha puesto de manifiesto la trascendencia constitucional de las medidas cautelares al estar relacionadas con los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en la Constitución, y en concreto y muy directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en su artículo 24.1».

Efectivamente, la constitucionalidad y la importancia de la tutela cautelar (particularmente en nuestro días) no necesita quien la defienda. Pero esta herramienta de nuestro ordenamiento procesal, en el ámbito concreto de la impugnación de acuerdos sociales, puede convertirse en un instrumento de «eficacia judicial» que puede pugnar con la «eficiencia en el funcionamiento de la sociedad», que como repetidamente ya hemos explicado es un principio de referencia en el Derecho societario y particularmente en la relación que une este Derecho societario con el Derecho procesal, relación que tiene un singular punto de encuentro en el proceso de impugnación de acuerdos sociales. Hecha esta introducción pasamos a estudiar el régimen de medidas cautelares en el proceso de impugnación de acuerdos sociales.

2.1. La suspensión cautelar de los acuerdos impugnados

2.1.1. Antecedentes normativos y valoración de la medida

Esta específica medida cautelar es tan antigua como el propio proceso de impugnación de acuerdos sociales, ya que en la LSA/1951, el art. 70.4 disponía que «a solicitud del demandante o demandantes que representen, al menos, la quinta parte del capital social, podrá el Juez, al tiempo de proveer sobre la admisión de la demanda, suspender el acuerdo impugnado, oídos los repre-

sentantes de la Sociedad, quienes podrán solicitar, a su vez, que se aseguren mediante caución los eventuales perjuicios que con la suspensión puedan irrogarse a la Sociedad»⁵.

La norma pasó con algunas pequeñas modificaciones al art. 120 LSA/1989, en el que se introducían, dentro de los dos primeros apartados algunas matizaciones respecto del texto de la LSA/1951, como una participación más baja en el capital como legitimación para poder solicitar la suspensión, o una previsión expresa sobre la posibilidad de que la medida se pueda acordar *inaudita parte*⁶. En los apartados 3 a 5 del mismo artículo se regulaba también las posibilidades de recurso de reposición y de apelación del auto dictado en cautelares.

Ya con la vigente LEC se deroga, entre otros el art. 120 LSA/1989 y se simplifica la regulación de la medida cautelar, que queda reducida a las características y requisitos propios de la propia medida, ya que lo que exceda de esto encuentra su regulación en la regulación general de las medidas cautelares que se hace en la propia Ley Procesal. Así las cosas, el art. 727.10^a LEC prevé la siguiente medida cautelar: «la suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial».

Resulta evidente que la justificación de la medida cautelar radica en hacer efectiva la eventual sentencia estimatoria a base de atajar la efectividad del acuerdo impugnado, de manera que a través de la suspensión cautelar quede bloqueada la virtualidad del acuerdo. Quizá pueda resultar algo excesiva la valoración de RIBELLES ARELLANO⁷ cuando afirma que la estimación de esta medida implica, en gran medida, la ejecución anticipada de un fallo favorable pues, por un lado, detiene la ejecución de cuantas actuaciones o reconocimientos derivasen del acuerdo impugnado, y por otro, enerva la eficacia de los

5. En el mismo apartado del art. 70 se regulaba de forma detallada la posibilidad de recurrir en reposición primero y posteriormente en apelación el auto que el Juez dictara l respecto

6. En los dos primeros apartados del art. 120 LSA/1989 se disponía lo siguiente:

1. «El demandante o demandantes que representen al menos un cinco por ciento del capital social podrán solicitar en su escrito de demanda la suspensión del acuerdo impugnado.

2. El Juez proveerá dicha solicitud en la comparecencia previa, pudiendo disponer que se aseguren mediante aval o caución los perjuicios que eventualmente puedan causarse a la sociedad.

En caso de peligro de retardo, el Juez, con anterioridad a la comparecencia previa, podrá decretar la suspensión con arreglo a las normas del procedimiento incidental».

7. RIBELLES ARELLANO, José María. «La impugnación de acuerdos sociales», en *Procesos especiales dispositivos por razón de la materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., 189.

efectos de ulteriores acuerdos que tengan un contenido equivalente al que constituye objeto de contienda.

Por nuestra parte entendemos que, fuera de la componente que toda medida cautelar tiene de ejecución anticipada⁸, la previsión del art. 727.10ª LEC no hace más que dar respuesta a la funcionalidad a la que ya nos hemos referido del art. 726.2 LEC y a la propia finalidad de las medidas cautelares que no es otra que «asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare», tal y como se dispone en el art. 721 LEC. De nada serviría la anulación de un acuerdo cuando éste ya ha producido toda su eficacia de manera que los efectos que de él ya se hayan deducido sean de imposible o muy difícil reparación. Además, esa cierta anticipación de la ejecución también es evidente en otras medidas como puede ser las relativas a pretensiones de cesación (art. 727.7ª) o el depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial (art. 727.9ª LEC).

No ofrece duda el carácter cautelar de la medida que comentamos. FAIRÉN GUILLÉN⁹ afirma que su naturaleza cautelar es clara observando que se trata de un procedimiento, destinado a obtener una resolución que constituye una anticipación provisional de ciertos efectos de la sentencia definitiva dirigida a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma. Más en concreto, sobre la suspensión cautelar de acuerdos se persigue, en palabras de MARTÍN PASTOR¹⁰, el resultado de evitar los perjuicios que se podrían derivar de la ejecución de los acuerdos sociales impugnados, sobre los que previsiblemente haya de recaer una declaración de invalidez e ineficacia.

8. Pone el acento sobre este punto RAMOS MÉNDEZ afirmando que la anticipación de la ejecución es la nota que define específicamente a las medidas cautelares en sentido estricto. La medida cautelar opera anticipando en alguna medida los efectos de lo que será la futura ejecución de la sentencia. Traslada al momento inicial del juicio los actos de ejecución propios de esta etapa del juicio. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil*, tomo II. Barcelona, 1997, p. 725.

9. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor «El proceso cautelar en la Ley de Sociedades Anónimas», en *Temas del ordenamiento procesal*. Tomo II. Madrid, 1969, p. 943.

10. MARTÍN PASTOR, José. *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles*. Granada, 1997, p. 14. Explica este autor que es un hecho real y evidente que, durante el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda de impugnación de acuerdos sociales y el momento en que la resolución pronunciada se encuentre en condiciones de ser ejecutada, pueden surgir obstáculos derivados de la ejecución de los acuerdos impugnados, que dificulten, o tal vez imposibiliten la efectividad de aquella; sobre todo teniendo presente la línea jurisprudencial que declara que los acuerdos no suspendidos producen sus normales efectos en tanto no se declare su invalidez.

2.1.2. *Suspensión cautelar de acuerdos y caracterización de las medidas cautelares*

De este concepto se deduce la naturaleza cautelar de la medida, y del análisis de las características de las medidas cautelares se confirma la conclusión y se entiende el concreto papel de la suspensión de acuerdos.

La primera característica que define las medidas cautelares es la instrumentalidad¹¹. La instrumentalidad se entiende porque la medida cautelar siempre lo es respecto de un proceso pendiente e inconcluso. La medida cautelar se subordina instrumentalmente a dicho proceso pues está en función de la pretensión que en aquél se ha hecho valer, anticipando o asegurando lo que podrá ser la eventual ejecución. Se expresa esta instrumentalidad en el art. 731.1 LEC que declara que «no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado»¹².

Algunos autores subrayaron esta nota de instrumentalidad para desvirtuar los intentos doctrinales de definir un «proceso cautelar autónomo»¹³, construcción que realmente hoy hay que entender consolidada con al vigente LEC. Por un lado por la definición que en ella se hace claramente en el art. 5 de las clases de tutela jurisdiccional, incluyendo la tutela cautelar, junto a la tutela que pretenda de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, o la tutela ejecutiva. Y por otro lado por la sistemática de la Ley, donde las medidas cautelares ocupan un Título VI, dentro del Libro III «De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares»¹⁴, plantea-

11. CALDERÓN CUADRADO subraya la instrumentalidad como característica configuradora de las medidas cautelares y señala que habiendo sido formulada por CALAMANDREI (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova, 1936) esta nota ha venido acompañando con alguna excepción a cualquier estudio de medidas cautelares. CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Cívitas, Madrid, 1992, p. 33.

12. Continúa disponiendo este artículo que cuando se dicte sentencia condenatoria o auto equivalente deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo de veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, al que se refiere el art. 548 LEC.

13. La autonomía del proceso cautelar era un tema clásico entre la doctrina. GUTIÉRREZ DE CABIEDES apuntaba que el sector procesalista mayoritario, se pronuncia por la autonomía del proceso cautelar que sería un «*tertium genus*» al lado de los procesos declarativos y de ejecución. Era de esta opinión el citado autor que apostaba por un tratamiento separado e independiente de las medidas cautelares, apostando por una teoría general de las medidas cautelares que obligase a precisar si este instituto procesal se corresponde o no con un derecho subjetivo sustancial a la cautela (derecho que comportaría la tutela jurisdiccional correlativa). GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. «Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares», en *El sistema de medidas cautelares. IX reunión de profesores de Derecho Procesal*. EUNSA, Pamplona, 1974, p. 11.

14. Así se explica CORTÉS DOMÍNGUEZ puntualizando que la dependencia o instrumentalidad de la medida cautelar no significa que esta no sea autónoma del proceso principal, pues una cosa es la acción declarativa de condena y otra distinta es la acción cautelar que responde a fundamentos distintos. Y añade que el derecho a la medida cautelar es un puro derecho procesal. Es tan acción procesal como la declarativa o la ejecuti-

miento sistemático que entendemos que desvincula el proceso de declaración del cautelar, por un lado, y por otro, ciertamente aproxima la ejecución con la medidas cautelares, por lo menos por lo que respecta a las similitudes y a la proximidad que existe entre ambas regulaciones.

En el régimen de la suspensión cautelar de acuerdos sociales podemos apreciar un cambio normativo a este respecto. Efectivamente, FAIRÉN GUILLÉN¹⁵ entendía como requisito para la admisión de la solicitud de suspensión de un acuerdo social el que hubiera sobre el mismo un proceso pendiente, afirmando que la Ley de 1951 expresa bien claramente que esta solicitud no puede deducirse con anterioridad a la presentación de la demanda. Y ciertamente era así la exigencia que se contenía en el art. 70.4 LSA/1951¹⁶. Pero en la actualidad deberá atenderse al régimen general de las medidas cautelares y al procedimiento general que al respecto se recoge en la LEC, debiendo estar al art. 730.2 de la misma en el que se prevé que «podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad»¹⁷, y siempre que se formalice la demanda del proceso principal en el plazo de veinte días¹⁸.

Atendiendo a las características concretas del proceso de impugnación de acuerdos y a la naturaleza de la medida de suspensión cautelar de los mismos, al igual que a la propia realidad del tráfico mercantil, resulta sencillo concluir que la celeridad en este ámbito puede convertirse en el ser o no ser de la tutela judicial. De manera que la parte actora tendrá que considerar la convenien-

va. Es un derecho frente al estado por el que pedimos se asegure la plena efectividad de la futura sentencia de condena durante el tiempo que se tarde en tramitar el procedimiento. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Civil. Parte General* (con Víctor Moreno Catena), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 439.

15. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor «El proceso cautelar en la Ley de Sociedades Anónimas» ..., cit., p. 946.

16. Se disponía allí que «a solicitud del demandante o demandantes que representen, al menos, la quinta parte del capital social, podrá el Juez, al tiempo de proveer sobre la admisión de la demanda, suspender el acuerdo impugnado, oídos los representantes de la Sociedad, quienes podrán solicitar, a su vez, que se aseguren mediante caución los eventuales perjuicios que con la suspensión puedan irrogarse a la Sociedad.

17. Sobre esta cuestión, PÉREZ DAUDÍ habla de la «instrumentalidad atenuada», como una evolución del concepto de medidas cautelares con una tendencia a regular proceso de tutela provisional. Después de repasar distintas figuras en el Derecho comparado que responden a esta categoría. Y se refiere en concreto a la solución adoptada en el ordenamiento alemán, en el que la medida cautelar puede alcanzar carácter definitivo como consecuencia de la autonomía de la voluntad de las partes que deciden asumir la medida cautelar como propia, solución que entiende que podría ser de aplicación en nuestro ordenamiento a través de la mediación. PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona, 2012, p. 39.

18. Efectivamente, sobre esta posibilidad hay que tener en cuenta las consecuencias que se contemplan a continuación en el art. 730.2.II LEC, de manera que «las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El Secretario judicial, de oficio, acordará mediante decreto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas».

cia de acogerse a las posibilidades del art. 730.2 LEC formulando la solicitud de suspensión antes de plantear la demanda. O también, de servirse de la previsión del art. 733.2 LEC de manera que la resolución sobre las medidas cautelares se anticipe a la audiencia al demandado sobre las mismas¹⁹, todo ello en aras de la efectividad en la tutela judicial que persiguen las medidas cautelares. De no ser así, no sería infrecuente que la medida cautelar llegase tarde acordando, por ejemplo, la suspensión de un acuerdo ya ejecutado²⁰.

Vinculada a aquella instrumentalidad, la temporalidad o provisionalidad sería la segunda característica definidora²¹. Sobre esta nota comenta CALDERÓN CUADRADO²² que si bien es cierto que la provisionalidad se perfila como característica de la medida cautelar, también lo es que acompaña a otros institutos que claramente no pueden calificarse como de cautelares, remitiéndose a la doctrina cuando afirma que estamos ante el género, tutela provisional, al que pertenece, como especie, la tutela cautelar²³.

Como consecuencia de aquella instrumentalidad debe entenderse que la medida cautelar sólo guarda lógica en el periodo de tiempo en que el proceso está pendiente. La declaración formulada como resolución irrevocable pone fin a la medida cautelar. De ahí que el art. 731 LEC prevea que o bien la medida cautelar se sustituye por la actuación ejecutiva o bien se alza si no se solicita la ejecución.

19. Dispone en concreto el art 733.2 LEC que «cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado».

20. Es esta la situación que se enjuicia en el AAP de Barcelona (Sección 15ª) de 26 junio 2000, F.J. 1 (JUR 2000\284168) donde «la propia recurrente admite que el acuerdo adoptado en la junta de 28 de mayo de 1998 y del que derivan los del consejo de administración para proceder a su cumplimiento, ha sido ya totalmente ejecutado, incluso con anterioridad a la fecha de interposición de la demanda. Ello ha de conllevar — como se razona en la resolución que se recurre — la desestimación de la medida solicitada cuyo objeto no es otro, precisamente, que suspender la ejecución. Ejecutado el acuerdo, su suspensión no es ya posible. Cuestión distinta es la procedencia de otras medidas cautelares diferentes a la contemplada en el artículo 120 LSA».

21. Nótese también como el art. 731 LEC hace un tratamiento conjunto de la instrumentalidad y de la temporalidad, refiriéndose a ambas en el art. 731 LEC que titula de «accesoriedad».

22. CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil...*, cit., p. 33. Sobre este punto cita esta autora a SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Teoría general de las medidas cautelares. Las medidas cautelares en el proceso civil*. (con Francisco Ramos Méndez). Editor Pareja, Barcelona, 1974.

23. Esta misma diferenciación entre género y especie es utilizada por FONT SERRA para distinguir entre tutela preventiva (género) y tutela cautelar (especie), siendo esta última una manifestación, posiblemente la más genuina, de aquella. La tutela preventiva tendría la función de proteger el derecho a la justicia de los ciudadanos ante el peligro genérico de que «puede ocasionarse un daño jurídico. En cambio la tutela cautelar se ejerce por los tribunales con la finalidad de anticipar la actuación del Derecho, no ante la apariencia de un peligro genérico, sino la de un determinado peligro específico, por el peligro de que la actuación definitiva y directa del Derecho sea, en su momento, imposible. FONT SERRA, Eduardo. «Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva», en *El sistema de medidas cautelares. IX reunión de profesores de Derecho Procesal*. EUNSA, Pamplona, 1974, pp. 142-143.

Por otro lado, la referida temporalidad justifica también la posible modificación que se pueda operar sobre las medidas cautelares en función del curso evolutivo de la pretensión en el proceso pendiente. Se refiere indirectamente la nueva LEC a la posible modificación de medidas cautelares en el art. 726.1.2^a, al señalar como característica de la medida cautelar «no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado». De todos modos, esta manifestación de la temporalidad no parece de particular incidencia en la suspensión cautelar del acuerdo, ya que la lógica de esta medida no se puede cohonestar con su indiscriminado alzamiento o su sustitución por otra. Y esto porque si se justifica la medida sólo se entendería la finalización de la misma por la sentencia dictada en el proceso; y porque la eficacia de la suspensión de acuerdos es tan singular que no es fácil imaginar otra medida que la pudiera sustituirla²⁴.

Siguiendo con la caracterización de las medidas cautelares hay que hacer una referencia a la finalidad asegurativa (o conservativa). Esta característica se encuentra presente en nuestro ordenamiento a través del art. 726, que bajo el título de «características de las medidas cautelares» se refiere en el número 1.1º a que estas deben ser, «exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria». En cualquier caso, al margen de opiniones doctrinales, es cierto que la realización material de las medidas cautelar coincide frecuentemente con las medidas de ejecución, aunque difieren en sus finalidades y presupuestos. Y a esto, tal y como ya hemos referido responde la sistemática de la Ley que agrupa en el mismo Libro III la ejecución forzosa y las medidas cautelares.

Junto a estas características hay que tener en cuenta la funcionalidad que se predica en el art. 726.2 LEC a la que ya no hemos referido y de la que ya hemos dicho que concurre de forma paradigmática en la suspensión de acuerdos sociales respecto de su impugnación judicial.

2.1.3 Accesoriadad de las medidas cautelares e incidente de impugnabilidad de acuerdos

Repasada la caracterización de la suspensión cautelar de los acuerdos sociales queremos detenernos en este punto. Acabamos de referirnos a la accesoriadad

24. Sin perjuicio de esto, MARTÍN PASTOR se refiere a la alteración de los presupuestos y la variabilidad de la medida de suspensión del acuerdo, ya que en aplicación del principio *rebus sic stantibus* las medidas cautelares en general, y la suspensión del acuerdo impugnado en concreto, van a poder variarse en pendencia del proceso principal, en tanto en cuanto se produzca una alteración de los presupuestos en virtud de los cuales aquellas se han podido adoptar. MARTÍN PASTOR, José. *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles...*, cit., p. 20. De todos modos nosotros pensamos que, aun dando por buena esta posibilidad teórica, la posibilidad real es más que remota.

de las medidas, concepto que en la Ley comprende la instrumentalidad y la temporalidad, y que nos habla de unas medidas cautelares que nacen junto con el procedimiento principal («las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal» con arreglo al art. 730.1 LEC) que en nuestro caso es el proceso de impugnación de acuerdos sociales. Y es sabido que la suspensión cautelar de acuerdos está para «para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria» del proceso de impugnación de acuerdos sociales.

Dicho lo cual, esta referencia a la accesoriedad nos trae a la memoria los comentarios que anteriormente hicimos en referencia a las cuestiones incidentales que son aquellas que siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata²⁵. Nos remitimos a los comentarios que hicimos sobre la previsión del art. 204.3.II LSC en relación con el incidente de inimpugnabilidad de acuerdos sociales introducido por la Ley 31/2014.

Efectivamente, este incidente es calificado por el reformado art. 204 LSC como una cuestión incidental de previo pronunciamiento. Y para estas prevé el art. 390 LEC que «cuando las cuestiones supongan, por su naturaleza, un obstáculo a la continuación del juicio por sus trámites ordinarios, se suspenderá el curso de las actuaciones hasta que aquéllas sean resueltas». Al respecto ya dijimos que el eventual efecto suspensivo de las cuestiones incidentales constituye una de las cuestiones más delicadas de su régimen. Y esto porque el punto de partida es el art. 389.II LEC según el cual las cuestiones incidentales de especial pronunciamiento no suspenderán el curso ordinario del proceso. De esta manera se subraya la regla general que no es otra que el impulso de oficio y la excepcionalidad de la suspensión del proceso, todo ello en pro de una mayor celeridad (arts. 179 y 188 LEC). Por esto, la posibilidad de suspensión prevista en el art. 390 LEC es la excepción. Y también justificamos que aunque la excepción deba ser entendida de forma restrictiva (con carácter general y porque la norma invita a ello), en el caso de la cuestión sobre inimpugnabilidad de acuerdos entendemos que como regla general sí llevará aparejada dicha suspensión y esto en atención a la finalidad que tiene la repetida cuestión: hacer las veces de «antejuicio» para evitar las actuaciones propias del proceso de impugnación de acuerdos.

25. Sobre este cierto «parentesco» entre las medidas cautelares y el procedimiento incidental afirma TORRES ROSELL en referencia a las medidas cautelares que la aplicación supletoria del procedimiento incidental ordinario establecido en los arts. 387 y ss. Tampoco parece adecuada, aunque las medidas cautelares podrían tener cabida sin grandes problemas en uno de los conceptos de cuestión incidental: cuestiones que siendo distintas de las que constituyen el objeto principal del pleito, guardan con esta relación inmediata. TORRES ROSELL, Nuria. *Las medidas cautelares*. Madrid, 2001, p. 136.

De todo lo dicho y en resumidas cuentas podemos describir la situación de la siguiente manera. Un proceso principal del que dependen dos accesorios: las medidas cautelares y el incidente de inimpugnabilidad. El primero de ellos persigue la efectividad de la sentencia del principal anticipando efectos propios de la misma. En cambio el segundo paraliza y suspende ese proceso principal. Así expuesto podría pensarse que el nuevo incidente de inimpugnabilidad de acuerdos podría constituir una especie de «antídoto» frente a las medidas cautelares solicitadas en el proceso de impugnación de acuerdos sociales.

Sin embargo, entendemos que no puede ser esa la interpretación que se haga del incidente de inimpugnabilidad a efectos de las medidas cautelares. Y básicamente por dos motivos. El primero por la propia naturaleza de las medidas cautelares que si algo tiene por encima de todo es vocación de eficacia. En palabras de SERRA DOMÍNGUEZ y RAMOS²⁶ las medidas cautelares atienden a los peligros inherentes a la imperfección del proceso jurisdiccional, de modo que, en frase gráfica de CALAMANDREI²⁷, suponen la conciliación de las dos exigencias de la justicia: hacer las cosas pronto y hacerlas bien. Entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien, pero tarde, la medidas cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de la justicia intrínseca de la medida se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario.

En segundo lugar, podemos encontrar en el régimen de los incidentes argumentos que defienden la postura a favor de la efectividad de las medidas cautelares. No hay mención expresa en la regulación general de los incidentes (arts. 387 a 393 LEC) al respecto, si bien es cierto que el efecto suspensivo que predica como posible el art. 390 LEC de las cuestiones de previo pronunciamiento lo hace del procedimiento principal y no de las medidas cautelares que «puedan acompañar al mismo. Por otro lado, el art. 731 LEC dispone que «no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado»; pero no se dispone nada en el sentido de que deban alzarse las medidas cautelares como consecuencia de la suspensión del procedimiento principal.

Pero a este motivo «negativo» (la falta de previsión legal en el sentido de alzar las medidas cautelares del procedimiento principal que haya sido suspendido) podríamos añadir otro «positivo». Y nos queremos referir a la regulación que se hace de la declinatoria, que como es sabido no deja de ser una cuestión incidental de previo pronunciamiento con un régimen legal especial. Como cues-

26. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Teoría general de las medidas cautelares. Las medidas cautelares en el proceso civil..., cit., p. 12.

27. Citan los referidos autores a CALAMANDREI en *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Cedam, Padua, 1936, p. 20.

tión que es de previo pronunciamiento que es la declinatoria es de aquellas actuaciones excepcionales que sí tiene como efecto la suspensión del proceso principal. Pues bien, atendiendo a esta circunstancia el art. 64.2 LEC prevé que «la suspensión del procedimiento principal producida por la alegación previa de declinatoria no obstará a que el tribunal ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte legítima, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, así como las medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor, salvo que el demandado prestase caución bastante para responder de los daños y perjuicios que derivaran de la tramitación de una declinatoria desprovista de fundamento».

Por tanto, la referida norma declara de forma expresa la compatibilidad de la suspensión del proceso principal como consecuencia de la cuestión incidental, con la adopción de medidas cautelares y de otro tipo que eviten perjuicios al actor, derivados de la suspensión. Esta norma no hace más que responder a la lógica general de la Ley: la suspensión es extraordinaria y la tutela de los derechos y garantías para las partes no puede verse perjudicada por este motivo. Por todo lo dicho entendemos que el incidente de impugnabilidad de acuerdos no podrá constituirse nunca como un obstáculo para la adopción de las medidas cautelares. Más bien, al contrario, el referido incidente podrá ser un motivo más que justifique la solicitud y adopción de medidas cautelares desde el momento en que puede alimentar el peligro en la mora procesal.

2.1.4. Sobre la legitimación para solicitar esta medida

Olvidaba esta cuestión FAIRÉN GUILLÉN cuando afirmaba respecto de la Ley de 1951 que la legitimación para solicitar la suspensión cautelar del acuerdo la fija la ley por la calidad del mismo de demandante²⁸. Efectivamente, ya en el art. 70.4 LSA/1951 se exigía un *plus* para poder solicitar la suspensión cautelar del acuerdo exigiendo que la solicitud fuera «del demandante o demandantes que representen, al menos, la quinta parte del capital social». Esta legitimación reforzada pasó a la LSA/1989, rebajando la exigencia el art. 120.1 en el que se determinó que pudieran pedir la suspensión cautelar «*el demandante o demandantes que representen al menos un cinco por ciento del capital social*». Por último, el art. 727.10ª LEC ha concretado esta exigencia en que se pueda solicitar la suspensión de acuerdos sociales impugnados «*cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en*

28. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor «El proceso cautelar en la Ley de Sociedades Anónimas» ..., cit., p. 947. Y de esta premisa deducía que estaban legitimados para solicitar la suspensión cautelar los accionistas según la calidad del acuerdo nulo o anulable y los administradores.

el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial».

Esta exigencia fue criticada por los autores, al entender que carecía de justificación que el art. 727.10ª LEC exigiera una legitimación para solicitar la medida cautelar restrictiva respecto de la legitimación que se exigía con carácter general para interponer la demanda de impugnación de acuerdos sociales en el art. 206 LSC²⁹. Como pone de manifiesto TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA³⁰, lo peculiar de este requisito es la significativa asimetría que presenta con la legitimación para impugnar el acuerdo. Más difícil de entender en el sistema actual en el que la cautelaridad ha ingresado, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y la opinión de la mayoría de la doctrina científica, en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva siendo extraño pues que quien pueda pretender la nulidad del acuerdo no pueda, en cambio, obtener la suspensión del mismo creando una discriminación entre clases de demandantes que no siempre aparecerá justificada³¹.

Efectivamente, tal y como afirma ORTELLS RAMOS, la legitimación activa para obtener tutela cautelar corresponde a quien está legitimado para la tutela judicial pretendida en el proceso principal, según las diversas modalidades de legitimación previstas en el ordenamiento³². El primer argumento a favor de esta afirmación nos vendría del régimen general de las medidas cautelares, ya

29. Y con esto podemos estar adelantando lo que sería una buena conclusión sobre la previsión legal comentada. En palabras de PÉREZ DAUDÍ entendemos que el requisito de representar a un porcentaje del capital social no puede sustituir a la presentación de los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar un juicio provisional e indiciario favorable, por lo que en la nueva ley, dicha exigencia podría derogarse al no responder a la nueva regulación de las medidas cautelares que exige la acreditación de la concurrencia del *fumus boni iuris*, del *periculum in mora* y del ofrecimiento de caución. PÉREZ DAUDÍ, Vicente. «Las medidas cautelares en el proceso de impugnación de acuerdos sociales», en *Realismo jurídico y experiencia procesal* (Manuel Serra Domínguez. Liber amicorum), Editores: Atelier, Barcelona, 2009, p. 935.

30. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María. *Las medidas cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. (Dirigido por José Garberí Llobregat). Cizur Menor, 2012, p. 1286.

31. Con motivo de una solicitud de suspensión de acuerdos sociales explicita la relación entre tutela cautelar y derecho fundamental a la tutela judicial efectiva el citado AAP de Madrid (Sección 11ª) núm. 114/2005 de 20 mayo, F.J. 2 (JUR 2005\173318). Se hace allí una síntesis de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, «afirmando la STC 14/92, en su fundamento jurídico 7º, que «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso»; afirmación que es corroborada por la STC. 238/92, fundamento jurídico 3º, que justifica la existencia de tales medidas cautelares en «la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24,1 CE) desprovisto de eficacia», entendiéndose imposible la supresión absoluta de la posibilidad de adoptar estas medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la Sentencia estimatoria, «pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que... se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva»».

32. ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*, Madrid, 2000, p. 250. Pero también es cierto que el mismo autor indica más adelante (op. cit., p. 251) que no obstante lo dicho, la regla general tiene excepciones en el doble sentido de reducción y de ampliación del círculo de legitimados para la tutela cautelar respecto de

que el art. 721 LEC dispone que «todo actor, principal o reconvencional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias», de manera que el planteamiento de la ley debe entenderse que lleva a que la legitimación para plantear la medida cautelar es la condición de demandante por lo que quien es demandante puede solicitar tutela cautelar respecto de su pretensión principal. Por tanto, de entrada deberemos estar con CALAZA LÓPEZ cuando aprecia que la petición de la suspensión de los acuerdos sociales constituye una excepción a la regla general coincidente en la coincidencia de la legitimación activa para el proceso principal y para la tutela cautelar, dado que la legitimación para la tutela cautelar, en vista a la solicitud de una concreta medida, es mucho más estricta que la requerida para la tutela principal³³.

El planteamiento de la Ley por tanto en este punto es excepcional y también ha sido objeto de crítica. DAMIÁN y ARIZA³⁴ entienden que la legitimación para solicitar una medida cautelar se encuentra condicionada, a diferencia de lo que ocurre en los restantes supuestos, al cumplimiento de unos requisitos de carácter material cuando lo cierto es que en puridad esta debiera estar supeditada únicamente a la condición de parte ya que la legitimación para obtener una medida cautelar deriva del propio proceso. No obstante, dadas las peculiares características de este proceso, se ha considerado oportuno limitar en este caso el ámbito de actuación de esta medida.

La explicación queda contenida en aquella elipsis sobre las «peculiares características de este proceso». Pero hay que reconocer que el silencio es fácilmente desentrañable. Ya nos hemos referido repetidamente a la relación entre la tutela judicial y el Derecho societario, y a la pugna singular entre eficiencia empresarial y tutela de derechos de las minorías, conflicto que ha encontrado su campo de batalla en la restricción de la impugnabilidad de acuerdos y en la legitimación para accionar³⁵. Por otro lado, se puede decir que este tipo de excepciones ya existen dentro del ordenamiento, también por razones de efi-

la tutela para el proceso principal, señalando como supuesto de reducción de la legitimación el de la suspensión cautelar de los acuerdos impugnados.

33. CALAZA LÓPEZ, María Sonia. El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas. Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Madrid, 2003, VIII-2, pp. 3-46.

34. DAMIÁN MORENO, Juan y ARIZA COLMERAREJO, María Jesús. *Impugnación de Acuerdos de Sociedades Anónimas...*, cit., pp. 102-103.

35. Nos referimos respecto de esta idea a la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, apartado IV en el que se declara que, «por lo que se refiere al régimen jurídico de la impugnación de los acuerdos sociales, se han ponderado las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia, se adoptan ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse».

ciencia de situaciones jurídicas³⁶ o por otros motivos que justifican el endurecimiento de la legitimación para una tutela judicial que de otra manera podría ser abusiva³⁷ o desproporcionada a la justificación que la sustenta³⁸.

De todos modos la crítica se podría mantener en el sentido de que las razones que pudiera haber para endurecer la legitimación correspondiente a la solicitud la suspensión cautelar, operase igualmente para restringir la legitimación para demandar. Así, razona por ejemplo RIBELLES ARELLANO³⁹ que si el propio Tribunal Constitucional ha reconocido la adopción de medidas cautelares como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, ello se colige mal con que, por un lado se reconozca legitimación a determinadas personas para impugnar, pero se las conculque toda posibilidad de tutelar sus expectativas cautelarmente máxime cuando bien podía haberse regulado aquellas solicitudes endureciendo sus presupuestos de adopción, pero sin excluir toda posibilidad.

El legislador se mostró receptivo a esta queja, pero quizá no en la forma en que podía preverse; y la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014 igualó pero por debajo, restringiendo la legitimación para impugnar como se restringe la legitimación para solicitar la suspensión cautelar⁴⁰. Aun así la crítica expuesta podría mantener su actualidad, por varios motivos. Por un lado porque siguen excluidos de la posibilidad de solicitar las medidas cautelares los administrado-

36. Piénsese por ejemplo en la renuncia tácita a las facultades de impugnación que se prevé en el art.6 de la Ley de Arbitraje, por la cual «si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley».

37. Para evitar abusos por ejemplo la admisibilidad de la demanda al actor en un proceso de filiación queda condicionada a la aportación de un principio de prueba. Y exige el art. 767.1 LEC que «en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde».

38. En este contexto podríamos entender las palabras de TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, cuando acertadamente apunta a que parece que el legislador es consciente de la gravedad de la medida y aunque esta se conciba como medio de protección de la minoría exige que esta sea de cierta significación con la subyacente idea de que a partir de ese nivel se trata de una minoría susceptible de representar, en cierto modo, un interés social digno de protección cautelar y que con tal restricción se evitarán peticiones abusivas que no tengan otra finalidad que paralizar la sociedad en beneficio del solicitante. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María. *Las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 1286.

39. RIBELLES ARELLANO, José María. «La impugnación de acuerdos sociales», en *Procesos especiales dispositivos por razón de la materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 199.

40. Recordamos que el art. 206 LSC prevé ahora respecto de la legitimación activa lo siguiente:

1. Para la impugnación de los acuerdos sociales están legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital. Los estatutos podrán reducir los porcentajes de capital indicados y, en todo caso, los socios que no los alcanzan tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado.

2. Para la impugnación de los acuerdos que sean contrarios al orden público estará legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero.

res⁴¹ y los terceros que sí están legitimados para impugnar los acuerdos. Y por otro lado porque las exigencias para los socios que pueden demandar (que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital) no coinciden con los que pueden solicitar la suspensión (los que representen el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación). Aunque a este respecto haya que decir que podría sostenerse una restricción en la legitimación para solicitar la tutela cautelar respecto de la legitimación para demandar sosteniendo esta excepción en lo gravoso o contundente de la medida cautelar⁴², de manera que a través de esta exigencia en la legitimación para solicitar la suspensión cautelar se reforzase de forma indirecta la necesidad de la apariencia de buen derecho que exige como presupuesto la medida cautelar⁴³. En este sentido defiende TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA la posibilidad de evitar estas exigencias añadidas a la legitimación para las cautelares, incrementando el rigor a la hora de apreciar la concurrencia de los presupuestos procesales⁴⁴.

A pesar de estos desajustes sistemáticos (más o menos justificables según hemos dicho) que podrían apreciarse en la normativa después de la reforma, lo que no ofrece ninguna duda es el sentido de la misma: establecer los mecanismos necesarios y eficientes para garantizar la eficiencia empresarial regulando

41. MARTÍN PASTOR justifica esta falta de legitimación atendiendo a que será improbable el caso de que los administradores insten la suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado, pues estos, para prevenirse de una posible acción de responsabilidad dirigida contra ellos, deberían suspender *motu proprio* la suspensión de los acuerdos previsiblemente nulos o anulables, siempre y cuando la suspensión entre dentro del ámbito de sus facultades. MARTÍN PASTOR, José. *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles...*, cit., p. 47.

42. Bien podría aplicarse la expresión de «ponderación de intereses como requisito especial de legitimación» que utiliza MARTÍN PASTOR (*La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles...*, cit. p. 50).

43. Y no es descabellado apreciar la legitimación para solicitar la medida cautelar de forma emparentada con los presupuestos procesales. Sirva de ejemplo el estudio que hace MARTÍN PASTOR de la medida cautelar que estamos comentando, estudio en el que ubica la legitimación dentro de los presupuestos de las medidas cautelares. Justifica el citado autor esta inclusión, no porque la legitimación sea considerada en sí misma un presupuesto para la adopción de la medida sino porque el legislador, al exigir la legitimación reforzada del art. 727.10ª LEC, está estableciendo un requisito especial de legitimación que funciona como un verdadero presupuesto para la adopción de dicha medida. MARTÍN PASTOR, José. *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles...*, cit., pp. 44-45.

44. Afirma en concreto este autor que parece preferible que en lugar de estas restricciones en la legitimación, se hubiera instaurado la tutela sumaria de estos intereses, y, en su defecto, exigiendo una mayor acreditación del «*fumus boni iuris*» y del «*periculum in mora*», con un ponderado juicio sobre el interés del accionante y el de la sociedad, sin exigir una legitimación distinta para la medida, sobre todo cuando la ejecución del acuerdo conlleve una situación irreversible para el impugnante. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María. *Las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 1287.

unas «formas de tutela judicial efectiva»⁴⁵ que no puedan suponer un obstáculo para dicha eficiencia.

Terminamos con un apunte en relación con la legitimación, no ya para pedir la adopción de esta medida cautelar, sino la modificación de la misma. Sobre este particular declara de forma categórica el AAP de Navarra de 20 septiembre 1994, F.J. 2 (AC 1994\1611), que «sólo quien está legitimado para pedir la suspensión de los acuerdos lo está para pedir su levantamiento, sin que esta medida pueda ser suplica por alguna de las previstas en el artículo 1428 de la LECiv dada la existencia de una legislación especial que no contempla aquélla»⁴⁶.

Pero frene a esta lógica, debemos atender al régimen legal general de las medidas cautelares y reparar en el principio de instancia de parte que se contiene en el art. 721 LEC, en clara referencia al demandante. Pero sobre la modificación de las medidas acordadas prevé el art. 743 LEC que «las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas». De esto debemos entender que tanto el demandante que alega aquellas circunstancias que no pudo tener en cuenta, como el demandado que tampoco pudo tenerlas en cuenta «dentro del plazo para oponerse» podrían plantear aquella modificación. Por tanto de la redacción del art. 743 LEC y con arreglo a la lógica debemos llegar a esta conclusión, ya que es tan razonable que pueda surgir este interés legítimo para la modificación de la medida ya acordada en el demandante como en el demandado⁴⁷.

2.1.5. Algunas pautas para la valoración de los presupuestos procesales de las medidas cautelares

Con mucho tino, razona el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 10 febrero 2005, F.J. 2 (JUR 2005\94052) que «la posibilidad legal de adoptar con carácter cautelar medidas suspensivas respecto de la efectividad de acuerdos societarios sin sujeción alguna a criterios más o menos tasados es

45. Debe apreciarse que la regulación, en concreto, de la inimpugnabilidad de acuerdos del art. 204.3 y la legitimación para impugnar del art. 206 LSC en último extremo se resuelven en una cuestión procesal haciendo una concreta configuración legal del derecho a la tutela judicial efectiva.

46. Efectivamente, el art. 1428.V LEC/1881 en el que se regulaban las llamadas medidas cautelares inominadas, de acuerdo con lo que es el régimen actual de las medidas cautelares se preveía que «el demandado podrá oponerse a las medidas solicitadas o pedir que se alcen las acordadas, bien por estimar que no son procedentes o porque se comprometa a indemnizar los daños y perjuicios que puedan ocasionarse al actor y ofrezca fianza o aval bancario suficientes para responder de los mismos».

47. Y en esta lógica está el art. 746 LEC, que prevé respecto de la posibilidad de que se acuerde un caución sustitutoria que «aquél frente a quien se hubieren solicitado o acordado medidas cautelares podrá pedir al tribunal que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación por su parte de una caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare».

circunstancia que atribuye a los órganos judiciales un poder de interferencia en el devenir ordinario de los entes sociales de tal amplitud que frecuentemente ha suscitado recelo por su excesivo margen de discrecionalidad y por la relativa impenetrabilidad de las consecuencias de todo orden que tales medidas pueden acarrear en el entramado mercantil en el que tales entes se mueven». El problema es común a las resoluciones que se dicten en cualquier proceso de medidas cautelares pero merece una especial atención en el ámbito del proceso de impugnación de acuerdos, en el que repetidamente hemos recordado que el legislador busca una forma de presencia básica (por no decir mínima) de la tutela judicial efectiva.

Ciertamente, tal y como dispone el art. 728 LEC los presupuestos de las medidas cautelares son el peligro en la mora procesal, la apariencia de buen derecho y el ofrecimiento de caución. Partimos aquí de las dificultades que ofrece la apreciación de lo que son conceptos jurídicos indeterminados y de la discrecionalidad de la que el juzgador dispone al respecto, sin que por ello quede dispensado de su obligación de motivación de las resoluciones. Pero hay que tener en cuenta que la regulación sustantiva podrá incidir a la hora de valorar y decidir sobre estas cuestiones.

2.1.5.1. *La apariencia de buen derecho*

Comenzamos con la mención a la apariencia de buen derecho. Como punto de partida y siguiendo con los recelos manifestados en la argumentación del citado Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 10 febrero 2005, F.J. 2 (JUR 2005\94052) debemos sentar como premisa que «es lugar común en el terreno doctrinal la exigencia de que, con carácter previo a la adopción de esa clase de cautelas, el análisis del “fumus boni iuris” —entendido como juicio pronóstico de prosperabilidad de la demanda— sea abordado con especial minuciosidad, de manera que, sin llegar a requerirse el tipo de convicción que es propio de la sentencia, se imponga en su estudio un rigor de tal intensidad que autorice a vaticinar con una grado de certeza razonable el futuro éxito de la demanda principal».

Dicho lo cual recordaremos cómo en relación con la apariencia de buen derecho ya nos hemos referido anteriormente al paralelismo que puede haber entre esta y los requisitos de legitimación para solicitar la suspensión cautelar. En algunos casos esta relación ha llegado a ser (entendemos que de forma impropia) de identificación. Y así, por ejemplo el AAP de Barcelona (Sección 15ª) de 14 mayo de 1997, F.J. 2 (AC 1997\1207) llega a hablar de la necesidad de alegación de buen derecho, «entendida como posibilidad cualificada “prima facie” de estimación de la petición que se pretende cautelar; b) acreditamiento del buen derecho mediante un principio de prueba escrita cuya intensidad va-

ría en función de la medida que se interesa y que, en la suspensión de acuerdos se concreta en la exigencia de que el demandante o demandantes representen al menos un cinco por ciento del capital social»⁴⁸.

En contra de esta identificación entre la apariencia de buen derecho y la legitimación especial para solicitar la suspensión cautelar del acuerdo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz, de 17 enero 2004, F.J. 3 (AC 2005\162) razona con cita de diversas resoluciones que «no basta comprobar que concurren en los promotores los requisitos elementales de legitimación, sino que debe analizarse la prosperabilidad de la demanda, como se expone en el Auto AP Madrid 5 junio 1996, según el cual es necesario que «quien pretende la suspensión de los acuerdos sociales acredite prima facie que su pretensión no es meramente ilusoria, sino que viene respaldada por datos objetivos y pruebas, que al menos en ese inicial momento permitan augurar su futuro éxito procesal»; todo ello sin prejuzgar el fondo del asunto, como expresa el art. 728.2 LECiv».

Sí es posible que la legitimación especial para solicitar la suspensión de acuerdos quede salvada como consecuencia de la apariencia de buen derecho que debe concurrir para la adopción de la medida cautelar, y esto en el caso de que en el procedimiento principal se cuestione la nulidad de una compraventa de acciones. Esta posibilidad se justifica perfectamente en el AAP de Islas Baleares (Sección 4ª) núm. 91/2001 de 3 mayo, F.J. 3 (JUR 2001\211861) explicando que «una compraventa nula de todas las acciones impediría la medida cautelar y habría que esperar al Pronunciamiento de fondo sin poder garantizar a tiempo su efectividad; alternativa evidentemente no deseada por el Legislador, por lo que el *fumus boni iuris*, al que se alegrará después, proyecta también sus efectos al ámbito de la credibilidad de la existencia del porcentaje accionarial exigido por la Ley, pese a que formalmente no se halle al inicio del litigio nombre del actor». Ciertamente, si el Tribunal llega al convencimiento de un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, lo será a todos los efectos, siempre sin prejuzgar el fondo del asunto. De modo que ese juicio provisional serviría para sustentar la legitimación del solicitante de la suspensión cautelar, todo ello sin perjuicio de lo que se acordase finalmente en el procedimiento de impugnación de acuerdos.

48. Era muy diversa la motivación de la resolución recurrida que se analiza en aquel auto analizaba como fundamento de las pretensiones que, tratándose de una sociedad familiar, el accionista administrador, hermano de los demandantes, convocó junta general que publicó formalmente pero ocultó a los demás socios. En ella se acordó la ampliación de capital a cuya suscripción acudieron tan sólo él mismo y una sociedad de la que es único accionista; maniobra por la que se ha hecho con la mayoría de las acciones. La resolución impugnada en reposición, que afirma que «prima facie» la convocatoria y celebración de la junta no parecen realizadas bajo los imperativos de la buena fe, razona que, con base en el criterio restrictivo con que debe ser adoptada la suspensión de los acuerdos procede denegarla».

También puede darse una interacción entre la apariencia de buen derecho y la caducidad de la acción de manera que la constatación de la primera suponga adoptar una decisión sobre la segunda, por ejemplo respecto de su calificación como acuerdo contrario al orden público. En ese sentido podría darse lo que el AAP de Asturias (Sección 5ª) núm. 72/2002 de 24 junio, F.J. 4 (JUR 2002\204050) califica como «un cierto debilitamiento del «fumus boni iuris» por la posible concurrencia de la caducidad de la acción ejercitada en el proceso declarativo». Compartimos el criterio seguido por aquella resolución en el sentido de no acordar la suspensión cautelar del acuerdo, criterio que compartimos en atención al carácter excepcional de esta medida, sin perjuicio de que se pueda mantener alguna otra medida en relación con la publicidad registral, con un reforzamiento de la caución⁴⁹.

2.1.5.2. El peligro en la mora procesal y la restricción sobre la impugnabilidad de acuerdos

Pasando ya a una cuestión distinta a la relación «legitimación-apariencia de buen derecho», pasamos a comentar otra «relación» existente entre los presupuestos de las medidas cautelares y una cuestión que ya hemos analizado en estos estudios: la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación por contraposición a lo que serían meras irregularidades formales que por su nimiedad el legislador ha pretendido que sean inimpugnables. Pues bien siendo la inimpugnabilidad de acuerdos una de las características peculiares del proceso de impugnación de acuerdos, es evidente que el peligro en la mora procesal que sustente la adopción de una medida cautelar lo tendrá que ser sobre cuestiones de carácter esencial o determinante que efectivamente puedan sustentar una impugnación de acuerdos sociales.

En este sentido razona con acierto el AAP de Madrid (Sección 11ª) núm. 114/2005 de 20 mayo, F.J. 4 (JUR 2005\173318) que «el artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes citado, condiciona su concurrencia y, consecuentemente, la viabilidad de la medida a que exista argumentación documental que conduzca al Tribunal sin prejuzgar el fondo del asunto en un juicio provisional e indiciario a su apreciación. Por lo que, si atendemos a las causas de impugnación utilizadas por el apelante observamos que aquéllas son de carácter formal y no sustantivo, en la medida que se basan en incumplimiento de cierto requisitos de convocatoria y de información, los que no pueden ser apreciados por este Tribunal a priori, dado el necesario estudio sobre esas formalidades

49. En concreto lo que se acuerda en aquel Auto es «estimar el recurso en cuanto a la suspensión de los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria, manteniendo la anotación preventiva, dada la finalidad de protección a terceros, aumentando la caución».

alegadas como incumplidas, y dentro de ellas, hasta qué punto afectan sustancialmente o no a los acuerdos impugnados»⁵⁰.

Por este motivo entendemos que todos los comentarios hechos en relación con el nuevo art. 204.3 LSC, introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, sobre inimpugnabilidad de lo que hemos calificado como acuerdos viciados por «causa nimia», todo ello decíamos debe ser de aplicación por los tribunales haciendo más restrictivo el criterio a la hora de valorar y resolver la solicitud de medidas cautelares que pueda hacerse respecto de un proceso de impugnación de acuerdos sociales. Este criterio más restrictivo tendrá su fundamento en las normas legales a las que nos hemos referido y en la lógica general de la suspensión de acuerdos, medida cautelar ésta que se sitúa en el ámbito de la excepcionalidad tal y como hemos expuesto extensamente al referirnos a la especial legitimación que la Ley exige para su solicitud.

2.1.5.3. La caución en la suspensión de acuerdos sociales

Siguiendo con la necesidad de atender a la regulación sustantiva que pueda incidir a la hora de valorar y decidir sobre esta medida cautelar, atendemos ahora a la caución. Es de interés al caso la cuestión enjuiciada en el AAP de Madrid (Sección 11ª) de 10 marzo 2000 (AC 2000\3082). Allí, y con motivo de la modificación del importe de una fianza se afirma que, frente a lo planteado por la resolución recurrida que aplicaba el antiguo art. 120 LSA/1989 «no puede pasarse por alto la especialidad, legalmente contemplada, que presenta la impugnación del balance final de la sociedad, pues contrariamente a la regla general de ejecutoriedad de los acuerdos societarios⁵¹, el artículo 276 de la LSA adopta un criterio opuesto, al exigir para el reparto del haber social entre los accionistas, la firmeza del acuerdo o, en su caso, de la sentencia que hubiera resuelto sobre su impugnación, exigencia que comporta, necesariamente la automática suspensión del acuerdo de aprobación del balance final y por ende del reparto y adjudicación del patrimonio social entre los accionistas, una vez admitida a trámite la acción de impugnación del mismo».

Ciertamente la valoración de todos los presupuestos de las medidas cautelares no puede llevarse a cabo de la misma manera si se parte de la ejecutividad de los acuerdos sociales o, en este caso especial, de la suspensión automática del

50. Concretamente, se razona en la resolución de referencia que «merece ser especialmente reseñado el no haber probado la actora conforme a los artículos 726 y 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, qué daño o qué perjuicio se puede derivar si no se suspenden los cuerdos. Examinados los autos, y visionada la grabación de la celebración del Juicio, se ha de coincidir con la Juez en cuanto a la falta de concurrencia del requisito de «periculum in mora».

51. Efectivamente, 31 art. 202.3 LSC dispone que «los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten».

mismo por la mera impugnación judicial de la cuerdo. De ahí que en la referida resolución se acuerde «que la fijación de una fianza en la cuantía establecida por la resolución apelada, deviene improcedente por excesiva⁵², pues el acuerdo cuya suspensión es potencialmente susceptible de causar mayores perjuicios a la sociedad, queda en suspenso por imperativo legal, entendiéndose que con una fianza de cien mil pesetas, quedan cubiertos aquellos perjuicios tangenciales que pudieran generarse como consecuencia de la impugnación global de la Junta General Extraordinaria».

Téngase en cuenta en cualquier caso el carácter restrictivo con el que hay que valorar la suspensión de los acuerdos, así como toda actividad de los tribunales sobre la gestión y funcionamiento de la sociedad. Se recuerda esta ya antigua doctrina jurisprudencial en la SAP de Zaragoza de 13 febrero 1995, F.J. 2 (AC 1995\293), declarando que «en el enjuiciamiento de las causas de suspensión e impugnación de acuerdos sociales, los tribunales han de proceder con toda ponderación y cautela, y procurando no invadir la esfera de acción reservada por la Ley, o por los Estatutos, a los órganos de la Sociedad (STS 4 octubre 1956 [RJ 1956\3396])».

2.1.6. Criterios de imposición de costas en la suspensión cautelar del acuerdo

Una cuestión que se ha planteado al respecto y que trae razón del procedimiento de medidas cautelares es la relativa a la imposición de costas. Hace un estudio muy ordenado de la Ley sobre este punto el AAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 73/2007 de 13 febrero, F.J. 4 (JUR 2007\175644), partiendo con muy buen criterio de la base de que sin previsión legal que disponga la imposición de costas en un concreto supuesto no cabe tal imposición de costas⁵³. Y partiendo de aquí analiza la referida resolución que «mientras que el art. 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé expresamente que en el Auto en el que el tribunal deniegue la medida cautelar las costas se impondrán conforme a los criterios establecidos en el art. 394, y mientras que en el art. 741.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se prevé expresamente la imposición de costas a una u otra parte, según las medidas se alcen o se mantengan en el Auto que se dicte tras la vista a celebrar cuando las medidas cautelares se han adoptado sin audiencia de la parte demandada y ésta fórmula oposición en los términos pre-

52. El Auto objeto de apelación había revocado un Auto anterior, concretamente en cuanto al importe de la fianza fijada para decretar la suspensión cautelar de los acuerdos impugnados, que establecida, en un principio, en un millón de pesetas, fue incrementada hasta quince millones de pesetas en el auto impugnado,

53. Así lo expusimos nosotros reiteradamente en *La imposición de costas en la primera instancia civil...*, cit., p. 211, entre otras. Efectivamente, debe tomarse como punto de partida que las normas sobre imposición de costas son normas de *ius cogens*. La imposición de costas es una previsión legal que obliga al Juez en la medida y en los casos en que se prevé legalmente.

vistos en el art. 739 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 735 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula el Auto en el que se acuerda la adopción de medidas cautelares, no prevé que se realice pronunciamiento sobre las costas.

Aunque la cuestión puede prestarse a distintas interpretaciones, debe entenderse que no se trata de un «olvido» del legislador, de una «laguna» legal que haya de ser subsanada por el juez, sino de la adopción por la ley de un criterio de no procedencia de pronunciamiento en costas cuando el Auto accede a la adopción de las medidas cautelares solicitadas por la parte actora, que contrasta con el criterio de pronunciamiento sobre las costas en base a diferentes criterios en los demás casos mencionados»⁵⁴.

Estamos de acuerdo con la afirmación de que la no imposición de costas con arreglo al art. 735 LEC no es un olvido del legislador, ya que esta falta de previsión se ajusta perfectamente al criterio del vencimiento que inspira la ley procesal civil en materia de costas. Efectivamente, la adopción de la medida cautelar no supone «un vencimiento» para al demandante si no la mera adopción de una medida de aseguramiento que no pasa de ser «un juicio provisional e indiciario favorable» «sin prejuzgar el fondo del asunto» (art. 728.2 LEC). No se podría decir lo mismo del auto desestimatorio, que sin prejuzgar la cuestión principal no deja de ser una actuación a la que la parte demandada se ha visto obligada por la petición de cautelares del actor, ocasionándole unos gastos con motivo de una solicitud que finalmente deviene desestimada, por lo que es justo que se impongan las costas al solicitante de las medidas cautelares con arreglo al principio de causalidad.

Este criterio de causalidad aplicado a la imposición de costas se justifica, en frase de CHIOVENDA, en que la necesidad de utilizar el proceso para obtener la razón, no puede agravar la posición patrimonial del litigante a quien se le da la razón, añadiendo el citado autor que «nunca repetiré bastante que el derecho debe salir incólume del pleito y que la obligación de indemnizar debe recaer

54. Se cita en aquella resolución el AAP de Madrid núm. 666/2003 (Sección 18ª), de 15 julio, en el que se justifica la diferencia entre los criterios de los arts. 735 y 736 LEC «al tratarse el segundo de una imposición al instante de las medidas cuando carece de fundamento su solicitud, mientras que el primero determina la estimación de una cautela en base a meros indicios por lo que la oposición a su adopción en ningún caso puede estimarse merecedora de la condena a su pago». También son muy al caso las razones del AAP de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 181/2003 (Sección 3ª) de 3 noviembre que cita, cuando se razona sobre la lógica de los criterios de los arts. 735 y 736 LEC argumentando que «el demandado es ajeno a la petición del actor, y la incidencia se tramita no con la oposición expresa del demandado sino con su simple audiencia, de la cual incluso cabe prescindir por razones de urgencia en el caso del art. 733-2ª».

sobre el causante de aquel»⁵⁵. Como claramente explica VÁZQUEZ SOTELO⁵⁶, el principio del vencimiento objetivo se podría traducir como que el origen de la responsabilidad se encuentra en la relación causal entre el daño y la actividad de una parte.

Por otro lado y aunque esto no pueda entenderse como justificación de la norma (que por lo dicho, ya queda perfectamente justificada) la solución legislativa se adapta perfectamente al supuesto de suspensión cautelar de acuerdos sociales. Si tal y como hemos dejado expuesto en este estudio la suspensión de acuerdos es una medida cautelar tan idónea respecto de la impugnación de acuerdos como peligrosa en sus efectos; y si, como consecuencia de esto, el legislador ha establecido particulares cautelas llegando incluso a agravar las exigencias de legitimación de modo que haya quien esté legitimado para impugnar los acuerdos, pero no para solicitar la suspensión cautelar de los mismos. Siendo todo esto así, la imposición de costas de las medidas cautelares al demandante que ve cómo son desestimadas dichas medidas es una solución que refuerza la voluntad del legislador evitando que el demandante que ostente la legitimación exigida para solicitar la suspensión cautelar lo pueda hacer de forma caprichosa o temeraria, amparado en la idea de que en esta petición no tiene costas que perder.

2.2. La anotación preventiva en Registros Públicos

Dentro del capítulo de las medidas cautelares en relación con el proceso de impugnación de acuerdos sociales, la historia normativa de las anotaciones en registros públicos es más discontinua que la de la suspensión cautelar de los mismos. El art. 121 LSA/1989 contenía la siguiente disposición sobre la «anotación preventiva»:

- «1. La anotación preventiva de la demanda de impugnación en el Registro Mercantil y su publicación en el «Boletín Oficial» podrán obtenerse con arreglo a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil.
2. La anotación preventiva de las resoluciones firmes que ordenen la suspensión del acuerdo impugnado se practicará, sin más trámites, a la vista de aquéllas.
3. La anotación preventiva de la demanda se cancelará cuando ésta se desestime por sentencia firme y cuando haya desistido de la acción la parte demandante o caducado la instancia. En iguales circunstancias se cancelará la anotación preventiva de la suspensión del acuerdo».

55. CHIOVENDA, Giuseppe. *La condena en costas*. Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2004, p. 147.

56. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 453.

Esta disposición expresa no contaba con antecedentes expresos en la LSA/1951, pero sí en el Derecho registral, ya que incorpora la previsión contenida en el art. 112 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, aprobado por Decreto de 14 de diciembre 1956, dentro del Capítulo correspondiente a la «inscripción de sociedades anónimas»⁵⁷. Aquella disposición resultó derogada por el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre. En los arts. 155 a 157 de aquel Reglamento se contenía una regulación más detallada de la anotación preventiva de demanda y de suspensión de acuerdos sociales incorporando el principio de solicitud de parte que rige en nuestro régimen de medidas cautelares⁵⁸ y añadiendo una serie de disposiciones procedimentales que ha mantenido su vigencia en el RRM/1996 sin que hayan sido objeto de derogación con la entrada en vigor de la vigente LEC⁵⁹. Este texto pasa al vigente Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.

No encontré continuidad esta norma en la vigente LEC/2000⁶⁰, circunstancia que debemos imputar a la falta de especialidad de la referida medida, ya que

57. Se disponía en aquel art. 112 RRM lo siguiente:

«Deberá anotarse preventivamente la demanda de impugnación de acuerdos sociales si el Juez lo ordenare, a su prudente arbitrio, siempre que el demandante preste caución adecuada a los posibles perjuicios y previa audiencia de los representantes de la Sociedad.

Asimismo deberán anotarse preventivamente las resoluciones judiciales firmes que ordenen la suspensión de un acuerdo de la Junta general en el supuesto y con las garantías que se fijan en el apartado cuarto del artículo 70 de la Ley sobre Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas».

58. La nueva redacción en los referidos artículos fue la siguiente:

Art. 155. Anotación preventiva de la demanda de impugnación de los acuerdos sociales. —1. La anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales adoptados por la Junta o por el Consejo de Administración se practicará cuando, previa solicitud del demandante y con audiencia de la Sociedad demandada, el Juez, a su prudente arbitrio, así lo ordenare.

2. El Juez, a instancia de la Sociedad demandada, podrá supeditar la adopción de la medida a la prestación por parte del demandante de una caución adecuada a los daños y perjuicios que puedan causarse.

Art. 156. Cancelación de la anotación preventiva de la demanda de impugnación. —1. La anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales se cancelará cuando ésta se desestime por sentencia firme, cuando el demandante haya desistido de la acción o cuando haya caducado la instancia.

2. El testimonio judicial de la sentencia firme que declare la nulidad de todos o alguno de los acuerdos impugnados, será título suficiente para la cancelación de la anotación preventiva, de la inscripción de dichos acuerdos y de la de aquellos otros posteriores que fueran contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia.

Art. 157. Anotación preventiva de la suspensión de los acuerdos impugnados.

1. La anotación preventiva de las resoluciones judiciales firmes que ordenen la suspensión de acuerdos impugnados inscritos o inscribibles se practicará, sin más trámites, a la vista de aquéllas.

2. La anotación preventiva de la suspensión de acuerdos se cancelará en los mismos casos que la relativa a la demanda de impugnación de los acuerdos sociales.

59. Con este motivo se plantea TORRES ROSELL la posibilidad de recreación de un procedimiento *sui generis* a partir de los escasos datos que establecen los arts. 121 LSA Y 155 RRM, descartando esta posibilidad ya que la aplicación de aquellas normas en el procedimiento general de la LEC no provoca disfunciones de ningún tipo; no aporta ninguna ventaja y supondría un riesgo grave de inseguridad jurídica. TORRES ROSELL, Nuria. *Las medidas cautelares...*, cit., p. 136.

60. Sobre el cambio normativo, ampliamente MARTÍN PASTOR, José. «La anotación preventiva de demanda en los procesos de impugnación de acuerdos sociales y la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista Gene-*

las anotaciones preventivas de la demanda de impugnación y de la suspensión cautelar del acuerdo no pasan de ser anotaciones preventivas que encajan perfectamente en las previsiones del art. 727 LEC⁶¹. La previsión expresa de aquel art. 121 LSA/1989 y su justificación pensamos que hay que entenderla en relación con lo dispuesto en el art. 122.1 LSA/1989, por el cual «la sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado». Parece evidente que la buena fe de los terceros y la publicidad registral van muy de la mano ya que la anotación preventiva de la demanda o de la suspensión cautelar de los acuerdos permitirían desvirtuar la pretendida buena fe de aquellos terceros.

La desaparición de estas previsiones normativas de la LSA/1989 a través de la Disposición Derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil es fácilmente comprensible ya que la pretensión de esta de simplificar y sistematizar el ordenamiento procesal pasaba por poner fin a reiteraciones normativas. Por todo lo cual y a pesar de la desaparición de la norma contenida en el art. 121 LSA/1989 es evidente que al amparo del art. 727.5ª y 6ª LEC se podrá seguir acudiendo a la práctica de anotaciones preventivas de la demanda de impugnación de acuerdos o de la suspensión judicial y cautelar de los mismos. Y a pesar de la omisión de la norma contenida en el art. 122.1 LSA/1989 es evidente que estas anotaciones registrales irán en detrimento de los derechos que puedan adquirir terceros de buena fe ya que la anotación preventiva de la demanda, como dejara escrito PARDO NUÑEZ evita que el fallo devenga inútil ya que de poco serviría al vencedor iniciar un nuevo proceso contra el tercero adquirente de buena fe mientras se ventilaba el primer juicio⁶².

Como detalladamente comenta RAMOS MÉNDEZ, la anotación preventiva pública la pendencia de un proceso, aportando: a) una publicidad informativa, a nivel de mera noticia; b) una publicidad protectora, a nivel de fe pública registral; y c) una publicidad protectora, a nivel de medida cautelar. Y en relación con esta última explica el citado autor que la anotación preventiva de demanda es el medio idóneo para conjurar el *periculum in mora* derivado de la nece-

ral de Derecho, nº 669, año 2000.

61. En los números 5 y 6 de dicho artículo se prevén como medidas cautelares:

5.ª La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.

6.ª Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.

62. PARDO NUÑEZ, Celestino. *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 17. Recuerda este autor que si la pendencia del proceso no se publica mediante la oportuna anotación, el que adquiere, a título oneroso y de buena fe, derecho del demandado, e inscribe, devendría titular de modo irrevocable. La sentencia resultaría *inutiliter data*.

saría duración temporal del proceso⁶³. La anotación preventiva de demanda conjura este peligro asegurando la efectividad de la retroacción de los pronunciamientos de la sentencia correspondiente, esto es, determina anticipadamente los límites dentro de los cuales pueden ser desenvueltos retroactivamente los efectos de un fallo judicial.

3. Conclusión

La tutela cautelar contenida y comprendida dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil como una de las formas de tutela judicial en este Orden, tiene como finalidad garantizar la efectividad de una eventual sentencia condenatoria. En ese sentido podríamos decir que lo que aporta a la tutela judicial civil las medidas cautelares es la rapidez que no tiene el procedimiento ordinario, dicho esto sin entrar en especiales matices.

Se trata en definitiva de lograr una armonía entre el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y la agilidad y el dinamismo que una sociedad mercantil debe tener para alcanzar los fines para los que ha sido creada. La empresa no puede actuar al dictado de resoluciones judiciales. Como dijera Gómez Orbaneja, *nada sería tan erróneo y tan peligroso como suponer que es misión del juez entrar a determinar el contenido de la voluntad de una sociedad mercantil*.

Para conseguir una solución armónica el legislador ha elaborado un minucioso régimen mediante la reelaboración a medida de distintas instituciones procesales. Entre estas podemos referirnos a la determinación de los acuerdos impugnables y no impugnables, la limitación de las causas legales de impugnación, la fijación de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos y la adaptación del derecho a la tutela judicial efectiva mediante un especial régimen de legitimación singularmente exigente.

A todo esto se añade un especial sistema de cautelares. Para que la efectividad perseguida por este proceso de impugnación de acuerdos sociales no fracase por su falta de celeridad (la sociedad mercantil siempre ganaría la carrera al tribunal de Justicia)⁶⁴ el legislador reguló en un primer ajuste y reformó en un

63. Para todo esto hay que tener en cuenta la advertencia hecha por MARTÍN PASTOR en el sentido de tener en cuenta que la comentada anotación, al ser un instrumento de publicidad de lo anotado en el Registro Mercantil, surtirá sus efectos frente a terceros, no desde el momento en que la misma se practique, sino pasados quince días desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 9 Reglamento del Registro Mercantil). MARTÍN PASTOR, José. «La anotación preventiva de demanda en los procesos de impugnación de acuerdos sociales y la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil» ..., cit., p. 7792.

64. El arbitraje puede ser más competitivo en el ámbito mercantil. A este respecto, PICÓ I JUNOY, Joan. «La revitalización del arbitraje societario» en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, 2013, págs. 85-120.

segundo ajuste un régimen de medidas cautelares hecho a medida. La previsión de específicas medidas cautelares para el proceso de impugnación de acuerdos y las exigencias de una cualificada legitimación para poder solicitar y obtener esa tutela cautelar constituyen un elemento clave. A este se suma la posibilidad de acordar medidas cautelares innominadas que se adapten a las mil diversas situaciones a las que puede llegar la actividad de una mercantil.

4. Bibliografía

- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN Pedro. *Estudios sobre la impugnación de acuerdos sociales*. Editorial Dykinson S.L. Madrid 2015.
- CACHÓN CADENAS, Manuel. *La ejecución procesal civil*. Atelier, Barcelona, 2014.
- CALAMANDREI en *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Cedam, Padua, 1936.
- CALAZA LÓPEZ, María Sonia. *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*. Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Madrid, 2003.
- CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Cívitas, Madrid, 1992.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Teoría general de las medidas cautelares. Las medidas cautelares en el proceso civil*. (con Francisco Ramos Méndez). Editor Pareja, Barcelona, 1974.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *La condema en costas*. Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2004.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Civil. Parte General* (con Víctor Moreno Catena), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DAMIÁN MORENO, Juan y ARIZA COLMENAREJO, María Jesús. *Impugnación de Acuerdos de Sociedades Anónimas. (Doctrina y jurisprudencia). Adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Colex, Madrid, 2000.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor «El proceso cautelar en la Ley de Sociedades Anónimas», en *Temas del ordenamiento procesal. Tomo II*. edit. Tecnos, Madrid, 1969.
- FONT SERRA, Eduardo. «Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva», en *El sistema de medidas cautelares. IX reunión de profesores de Derecho Procesal*. EUNSA, Pamplona, 1974.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. «Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares», en *El sistema de medidas cautelares. IX reunión de profesores de Derecho Procesal*. EUNSA, Pamplona, 1974.
- MARTÍN PASTOR, José. «La anotación preventiva de demanda en los procesos de impugnación de acuerdos sociales y la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista General de Derecho*, nº 669, año 2000.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*, La Ley-Actualidad, S.A., Madrid, 2000.

- PARDO NUÑEZ, Celestino. *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. «Las medidas cautelares en el proceso de impugnación de acuerdos sociales», en *Realismo jurídico y experiencia procesal* (Manuel Serra Domínguez. Liber Amicorum), Editores: Atelier, Barcelona, 2009, pág. 935.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL*. Editores: Atelier, Barcelona, 2012.
- PICÓ I JUNOY, Joan. «La revitalización del arbitraje societario» en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 85-120.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil, tomo II*. Editores: Atelier, Barcelona, 1997, pág. 725.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *La anotación preventiva de demanda*. Librería Bosch, Barcelona, 1980, págs. 44 y ss.
- RIBELLES ARELLANO, José María. «La impugnación de acuerdos sociales», en *Procesos especiales dispositivos por razón de la materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coordinados por Julio Picatoste Bobillo y José Luis Seoane Spiegelberg). Bosch editores, Barcelona, 2013.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. «Concepto y regulación positiva del litisconsorcio», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1971, núm. 2-3.
- TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María. *LAS MEDIDAS CAUTELAR EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y FORMULARIOS*. (Dirigido por José Garberí Llobregat). Cizur Menor, 2012, pág. 1286.
- TORRES ROSELL, Nuria. *Las medidas cautelares*. Editorial Montecorvo, Madrid, 2001.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinados por Valentín Cortés Domínguez). Editorial Tecnos, Madrid, 1985.

II | La ejecución penal: una mirada hacia los principales retos y desafíos

Laura Álvarez Suárez
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. APROXIMACIÓN GENERAL A LA EJECUCIÓN PENAL. 3. LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. 3.1. LA SUSPENSIÓN. 3.2. LA SUSTITUCIÓN. 3.3. EL INGRESO EN EL CENTRO PENITENCIARIO. 3.4. LA CONVIVENCIA EN EL RÉGIMEN PENITENCIARIO. 3.5. LA TERMINACIÓN DE LA EJECUCIÓN. 4. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DE LA EJECUCIÓN. 4.1. LAS COMPETENCIAS DE LOS JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA. 4.2. EL DERECHO DE DEFENSA DE LOS RECLUSOS. 4.3. LA INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS. 5. CONCLUSIONES.

1. Introducción

La ejecución penal es una actividad jurisdiccional, así se desprende del artículo 117.3 de nuestra Carta Magna que sanciona expresamente que *«el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y de procedimiento que las mismas establezcan»*, en idénticos términos se pronuncia el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). De estos preceptos, se deduce que las funciones jurisdiccionales se extienden más allá de la actividad declarativa, pues con frecuencia para hacer efectivos los fallos dictados por los jueces y tribunales se precisa de los recursos coercitivos del Estado para que se materialicen, y en especial en la jurisdicción penal, sobre todo cuando se trata de ejecutar las penas privativas de libertad como la prisión.

Sin embargo, no siempre se entiende la fase de ejecución como una actividad jurisdiccional, en este capítulo se analizará la ejecución de las penas privativas de libertad, así como los principales problemas que se plantean en la práctica judicial en el desarrollo de esta parte del procedimiento, incidiendo en las com-

petencias de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (en adelante, JJVVP), en el derecho de defensa de los reclusos y, por último, en la intervención de las víctimas en esta fase.

2. Cuestiones generales sobre la ejecución penal

La ejecución penal se encuentra dispersa por varios códigos y textos legales procesales, así encontramos preceptos que aluden a la ejecución penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) cuyo Libro VII se denomina «*De la Ejecución de las sentencias*» (artículos 983 a 999); estos preceptos se han criticado duramente al considerar la doctrina que desarrollan la ejecución penal de forma sesgada e insuficiente¹. En el Código Penal (CP) en cuyo Libro I se regulan las penas, las medidas de seguridad, la responsabilidad civil derivada del delito, las costas procesales y las consecuencias accesorias; en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de diciembre, General Penitenciaria (LOGP) y en el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (RP) donde se regula la ejecución de las penas privativas de libertad; en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que establece como deben ejecutarse los pronunciamientos civiles de las sentencias penales y; por último, en la LOPJ que regula los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

La ejecución penal se puede definir como el conjunto de actuaciones procesales destinadas a cumplir y hacer efectivos los pronunciamientos de condena recogidos en una sentencia penal firme. Se caracteriza por precisar de un título ejecutivo, por realizarse de oficio, por ser forzosa, por permitir variaciones y, porque en ocasiones puede dar lugar a la ejecución de pronunciamientos civiles. Para que se pueda iniciar una ejecución penal es necesario que exista un título ejecutivo, esto es, una sentencia condenatoria firme, en la jurisdicción penal éste es el único título ejecutivo posible, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción civil donde son títulos ejecutivos todos los fijados en el artículo 517 LEC. Es importante resaltar que cuando se alude a título ejecutivo en el ámbito penal se está pensando en una sentencia condenatoria, pues la ejecución de una sentencia penal absolutoria solo se produce cuando el procesado se encuentra en prisión provisional, disponiendo el artículo 983 de la LECrim que «*todo procesado absuelto por la sentencia será puesto en libertad inmediatamente*». Para llevar a cabo la ejecución de un fallo penal no es necesario que las partes lo soliciten, ya que el órgano jurisdiccional debe actuar de oficio, de forma que cuando la sentencia deviene firme el Tribunal «*debe proceder a*

1. CAPITA REMEZAL, M., «Cuestiones prácticas en materia de ejecución de sentencias penales», *La Ley Penal*, Nº 126, 2017, p. 2 y, MARTÍNEZ JARIOD, A., «Agilización de la ejecución penal», *Diario LA LEY*, Nº 10228, 2023, pp. 4 y 5.

ejecutar la sentencia» (ex artículo 988 LECrim). De otro lado, la ejecución penal es siempre forzosa, ya que no cabe un cumplimiento extraprocesal de la pena impuesta. Así, el cumplimiento de la pena impuesta no siempre se lleva a cabo en los términos expresados en la sentencia condenatoria, ya que puede acordarse la sustitución o la suspensión de las penas privativas de libertad o puede tener lugar la concesión de indultos, a lo que hay que añadir las variaciones que pueden producir las reglas de aplicación de las penas (artículos 61 y siguientes del CP). Por último, cuando se hayan ejercitado acciones de responsabilidad civil junto con la acción penal es evidente que el fallo de la sentencia también contendrá pronunciamientos civiles, como puede ser la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios a los perjudicados por el delito, en la ejecución de estos pronunciamientos civiles deben aplicarse las reglas contenidas en la LEC sobre el procedimiento de ejecución².

La ejecución penal se inspira en los principios de legalidad, oficialidad y resocialización. El principio de legalidad en la ejecución penal significa que no puede ejecutarse ninguna pena que no haya sido impuesta en sentencia firme dictada por el Tribunal competente, de conformidad con las leyes procesales; el cumplimiento de las penas debe ser simultáneo y si no fuera posible por la naturaleza de las penas debe ser sucesivo y por orden de gravedad (artículos 73 y 75 del CP). El principio de oficialidad implica que, una vez declarada la firmeza de la sentencia, el órgano jurisdiccional debe proceder de oficio sin dilación a ejecutar el fallo sin que sea necesario que lo soliciten las partes, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción civil (ex artículo 988 LECrim). Por último, el principio de resocialización implica que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad deben estar orientadas hacia la reeducación y la reinserción social (ex artículo 25.2 CE).

Como ya se ha puesto de manifiesto, en el proceso penal, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, el órgano judicial competente debe proceder a la ejecución del título ejecutivo de oficio. Además, hay que tener en cuenta que no todas las resoluciones judiciales son ejecutables sino solo aquellas que pueden ser susceptibles de ejecución. En este sentido, los únicos títulos que permiten al órgano judicial penal proceder a la ejecución son la sentencia condenatoria firme que imponga una limitación de derechos mediante una pena o sus consecuencias accesorias y, las sentencias absolutorias por inimputabilidad o semiimputabilidad, ya que en este último caso el Juez tiene que aplicar alguna de las medidas de seguridad previstas en el artículo 96 del CP, las cuáles pueden consistir en el internamiento en un centro psiquiátrico, de deshabituación

2. MÉNDEZ LÓPEZ, I., «La ejecución penal», en Pérez-Cruz Martín, A.J., *Derecho Procesal I. Proceso Penal*, Servicios Publicaciones Universidad de Oviedo, 2020, pp. 250 y ss.

o educativo especial³. Así como en otras medidas no privativas de libertad como la inhabilitación profesional, la expulsión del territorio nacional si se trata de un extranjero no residente legalmente en España, la custodia familiar⁴, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o, en su caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

De otro lado, es necesario que la sentencia condenatoria sea firme, ya sea porque haya transcurrido el plazo para presentar recurso contra la misma o porque el recurso ya se haya resuelto. Es decir, la pendencia de un recurso de apelación o de un recurso de casación contra la sentencia impide la ejecución de la misma, salvo en el caso de que existan varios penados, si el recurso ha sido preparado por uno solo, el fallo de la sentencia se puede ejecutar respecto de los demás (ex artículo 861 bis a LECrim). Es importante destacar que la regla de la firmeza no rige respecto de los pronunciamientos civiles, ya que éstos pueden ejecutarse provisionalmente de acuerdo con lo previsto en el artículo 989 de la LECrim que dispone que «*los pronunciamientos sobre responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución provisional con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

Los sujetos que intervienen en el procedimiento de ejecución penal son el Tribunal sentenciador, el JVP, el Ministerio Fiscal, el penado y, en su caso, los responsables civiles y las víctimas del delito. Como ya se adelantó la ejecución tiene carácter jurisdiccional y con carácter general, la competencia para conocer de la ejecución penal corresponde al órgano que ha dictado la resolución en primera o única instancia, con independencia de que pudiera haber sido revocada por el órgano superior jerárquico en el caso de haberse planteado recurso de apelación o casación. De forma que el Tribunal superior jerárquico debe devolver los autos originales con certificación de la sentencia al Juzgado de instancia para que ejecute el fallo (ex artículos 792. 3 y 984 a 986 LECrim)⁵. Sin embargo, en la jurisdiccional penal existe una particularidad, pues la LOGP

3. Vid. CUERVO NIETO, C., «Las medidas de seguridad en el Derecho Penal español: consideraciones desde la perspectiva constitucional y del principio de legalidad», *La Ley Penal*, Nº 159, 2022, pp. 1-7 y, NISTAL BURÓN, J., «La discapacidad psíquica en sede de ejecución penal. Principio de resocialización», *Revista General de Derecho Penal*, Nº 9, 2008, pp. 1-25.

4. De acuerdo con lo previsto en el artículo 96 del CP, la custodia familiar es una medida que consiste en que la persona inimputable o semiimputable esté cuidado y vigilado por la familia que se designe y que acepte su custodia, quien la cual la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin perjuicio de las actividades escolares o laborales del custodiado.

5. Como excepciones a esta regla general se puede traer a colación: la ejecución de las sentencias de conformidad dictadas en los Juzgados de Guardia cuya ejecución corresponde a los Juzgados de lo Penal (artículo 801.5 LECrim); la ejecución de la segunda sentencia dictada en los recursos de casación por infracción de ley que corresponde al Tribunal que ha dictado la sentencia casada (artículo 986 LECrim); y la ejecución de las sentencias penales dictadas por Tribunales extranjeros que corresponde a la Audiencia Nacional (artículo 65 LOPJ).

instauró la figura de los JVP, a los cuáles les atribuyó el control de las penas privativas de libertad, por lo que a *priori* parecía que tras la promulgación de esta ley, la ejecución de este tipo de penas y su control jurisdiccional correspondía a los JVP, salvo algunas competencias residuales que seguían correspondiendo a los Tribunales sentenciadores como el licenciamiento definitivo o la acumulación de penas (ex artículo 988 LECrim). No obstante, el límite entre las competencias de los Tribunales que dictan las sentencias penales y los JVP se ha ido nublando con sucesivas reformas y no está del todo claro en la doctrina. Aunque el artículo 76 de la LOGP establece las competencias de los JVP, entre las mismas se encuentran: salvaguardar los derechos de los internos, resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan; aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días; autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado; conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento; etc.

El Ministerio Fiscal debe intervenir en el procedimiento ejecutivo para velar por la defensa de la legalidad y del interés público, de forma que se le deben notificar todas las resoluciones que se dicten durante la ejecución, emitiendo los informes que sean preceptivos, interponiendo recursos, etc. Además, también puede intervenir en los aspectos relacionados con la responsabilidad patrimonial en los supuestos en que se ejercite la acción civil conjuntamente con la penal y haya recaído pronunciamiento condenatorio.

El penado es el sujeto sobre el que se estructura la actividad ejecutiva, pues es la persona sobre la que ha recaído el fallo condenatorio, es decir, el sujeto pasivo sobre el que se desplegarán los efectos de la condena impuesta. El derecho de defensa en la normativa penitenciaria presenta una doble dimensión, en primer lugar, respecto de los presos o detenidos preventivos como derecho de defensa en estado puro que alude al abogado defensor y tiene su razón de ser en las necesidades y exigencias de la instrucción penal cuando todavía no se ha dictado una sentencia condenatoria. En el segundo lugar, respecto de los penados que ya no tienen una causa penal pendiente y, en consecuencia, no precisan una defensa en sentido estricto, sino de asesoramiento técnico en las cuestiones que afectan a sus derechos o intereses legítimos durante el cumplimiento de la condena en el centro penitenciario. En cuanto al responsable civil, éste puede ser la misma persona que el penado u otra distinta, en todo caso, habrá de estarse al contenido de la sentencia para conocer a quien habrá de exigirse la responsabilidad civil que se deriva del hecho delictivo.

Por último, es necesario destacar que la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante, EVD), reconoce una serie de derechos

a las víctimas en la fase de ejecución, lo que implica que puedan adoptar un rol activo en la misma.

3. La ejecución de las penas privativas de libertad

En la práctica forense es frecuente que una vez que se incoa la ejecutoria en el proceso penal en la que se acuerda una pena privativa de libertad se examine si procede o no la posibilidad de suspender condicionalmente la pena o de sustituirla, con audiencia de las partes e informe del Ministerio Fiscal, si no se concede ni la suspensión ni la sustitución de la condena, se procede a cumplir la pena privativa de libertad en el correspondiente centro penitenciario. A continuación, se explicará brevemente en qué consiste la suspensión y la sustitución pena, cómo debe efectuarse el ingreso y la convivencia en el Centro penitenciario, así como las formas de finalización del a ejecución.

3.1. La suspensión

La suspensión de la pena se puede definir como una facultad del órgano jurisdiccional, si el penado cumple determinados requisitos, cuando es razonable pensar que la ejecución de la pena no será precisa a los efectos de impedir que en un futuro cometa nuevos hechos delictivos (ex artículo 80 CP). Se trata de una decisión motivada mediante la cual se deja interrumpida la ejecución de la pena privativa de libertad. Para su concesión es necesario que el delincuente sea primario, es decir, que haya delinquido por primera vez, que la pena no supere los dos años de duración, y que haya satisfecho las responsabilidades civiles. Este último requisito se considera cumplido cuando el penado asume el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles teniendo en cuenta su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, siempre que no sea descabellado esperar que cumpla en un plazo prudente de tiempo. Además, el órgano jurisdiccional puede condicionar la suspensión al cumplimiento de ciertas prohibiciones y deberes, cuando ello resulte necesario para evitar el riesgo de que el condenado cometa nuevos delitos, y siempre que no sean excesivos ni desproporcionados (ex artículo 83 CP).

Se establecen como supuestos especiales la suspensión de la condena de enfermos incurables y la de personas toxicómanas. En el primer caso, se supedita única y exclusivamente la suspensión de la pena a que en el momento de la comisión del delito el condenado no tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo (ex artículo 80.4 CP). En el supuesto de personas que cometieron el delito a causa de su dependencia a determinadas sustancias, se subordina la suspensión a que la pena no sea superior a cinco años, a que el condena-

do se encuentre realizando un tratamiento de deshabituación y, a que no abandone el tratamiento hasta su finalización.

El plazo de la suspensión lo fija el juez o el tribunal competente, variando el margen permitido según el supuesto. Así, cuando las penas privativas de libertad suspendidas no son superiores a dos años el plazo de la suspensión deberá ser de dos a cinco años; cuando se trate de penas leves la suspensión tendrá un plazo de tres meses a un año y; cuando se suspenda la pena a una persona tóxica, la suspensión tendrá una duración de tres a cinco años (ex artículo 81 CP). Transcurrido el plazo de la suspensión sin que la persona condenada cometa ningún delito que manifieste que no es razonable mantener la paralización de la pena, y cumplidas suficientemente las reglas de conducta a las que se supeditó la suspensión, el órgano jurisdiccional acuerda la remisión de la pena.

3.2. La sustitución

La sustitución de la pena es una figura que tiene como finalidad esencial evitar las perniciosas consecuencias que una condena de privación de libertad puede producir en los sujetos a la vista de sus circunstancias personales, considerando contraproducente su ingreso en prisión. El CP establece dos supuestos en los que debe sustituirse la pena de prisión, uno en el artículo 71.2 y otro en el artículo 89. El primer supuesto se refiere a aquellos casos en los que la pena privativa de libertad no tiene una duración superior a tres meses; debiendo ser sustituida, en todo caso, por la pena de multa, de trabajos en beneficio de la comunidad, o de localización permanente; sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. El segundo supuesto previsto en el artículo 89 CP establece que cuando la pena de prisión sea impuesta a una persona extranjera, ésta debe ser reemplazada por la expulsión del territorio español, concretado el precepto los supuestos, las condiciones, las circunstancias y las excepciones para realizar la expulsión.

Así, el artículo 89 distingue entre aquellas penas que tienen una duración superior a un año y las que tienen una duración superior a cinco años. En el primer caso, la pena debe ser sustituida por la expulsión de la persona extranjera del territorio español, pero excepcionalmente el órgano jurisdiccional puede acordar que la ejecución de una parte de la pena, que no puede ser superior a los dos tercios, se lleve a cabo en España y que el resto se sustituya por la expulsión. En el segundo caso, cuando la pena impuesta tenga una duración superior a cinco años de prisión, el órgano jurisdiccional debe acordar que la ejecución de toda o parte de la pena se realice en el territorio español, en la medida en que resulte necesario para garantizar la defensa del orden jurídico

y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. Ahora bien, en ambos casos, cuando la persona extranjera acceda al tercer grado o a la libertad condicional será expulsada del territorio español.

El artículo 89 CP establece que no se puede efectuar la sustitución de la pena cuando a la vista de las circunstancias del penado la expulsión resulte desproporcionada, a estos efectos el juez debe tener en cuenta las circunstancias del hecho delictivo, las personales autor y, en especial, su arraigo a España. De otro lado, con carácter general, no se puede expulsar a los ciudadanos de la Unión Europea, salvo que representen una amenaza grave contra el orden o la seguridad pública. En todo caso, procede la expulsión de los ciudadanos europeos cuando hayan sido condenados por delitos contra la vida, la libertad, la integridad física, la libertad e indemnidad sexuales, terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de una organización criminal. Una vez efectuada la expulsión, si el extranjero regresa a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, deberá cumplir las penas que le fueron sustituidas, salvo que el juez reduzca su duración cuando considere que su cumplimiento resulta innecesario para salvaguardar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

3.3. El ingreso en el centro penitenciario

Una vez declarada firme la sentencia que contiene una pena privativa de libertad, y desechada la posibilidad de acordar la suspensión condicional de la misma, se ordena ejecutar la pena en el correspondiente centro penitenciario a través de un auto que es ejecutable directamente, la ejecución se desarrolla de acuerdo con lo previsto en la LOGP y el RP.

Pueden darse dos supuestos, o bien que el penado se encuentre en un centro penitenciario o bien que se encuentre en libertad. Si se encuentra en un centro penitenciario se libra oficio por el juez ejecutor dirigido al centro en que se encuentra el condenado en el que se contiene el testimonio de la sentencia firme por la que se condena, reclamando la fecha de inicio del cumplimiento de esa pena, para la correspondiente liquidación de condena que será practicada por el Letrado de la Administración de Justicia con la finalidad de abonárselo para el cumplimiento de la pena impuesta en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión.

Si el penado se encuentra en libertad y tiene domicilio conocido, se libra mandamiento de ingreso en prisión, el cual se remite a la fuerza pública. Una vez ingresado en el centro penitenciario, se comunica al órgano judicial y éste remite el testimonio de la sentencia firme al JVP. También puede ocurrir que el condenado se presente sin necesidad de que sea conducido por la fuerza pública, bien personándose en el centro o bien solicitando el ingreso voluntario; en el primer caso el penado acude directamente al centro penitenciario dónde dentro de las veinticuatro horas solicitan del tribunal competente el mandamiento, el testimonio de la sentencia y la liquidación de la pena, si transcurridas las setenta y dos horas siguientes al ingreso no se ha recibido ninguno de estos documentos, el interno será puesto en libertad por el director del centro penitenciario (ex artículo 17.2 LOPJ). En el segundo caso, se fija un día y una hora en el que el condenado debe comparecer ante el órgano competente para que le entregue un oficio dirigido al director del centro penitenciario y un mandamiento de ingreso en prisión.

3.4. La convivencia en el régimen penitenciario

En el momento en el que los penados ingresan en el centro penitenciario se procede inmediatamente a su completa separación de otros reclusos teniendo en cuenta determinados criterios como el sexo, la emotividad, la edad, los antecedentes, el estado físico y mental, el respecto de los penados, así como las exigencias del tratamiento. De forma que con carácter general están separados los hombres de las mujeres; los detenidos y presos de los condenados; los delincuentes primarios de los reincidentes; los detenidos, presos y condenados jóvenes de los adultos; los que presenten enfermedades o deficiencias físicas o mentales de los que puedan seguir en el régimen normal y; por último, los detenidos y presos por delitos dolosos de los que lo estén por delitos imprudentes (ex artículo 16 LOGP). Asimismo, los internos deben alojarse en celdas individuales, aunque en caso de insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del médico se puede recurrir al uso de dependencias colectivas.

En los centros penitenciarios se exige un cuidadoso aseo personal, debiendo el centro facilitar gratuitamente a los internos servicios y artículos de aseo diario, una alimentación controlada por el médico *«teniendo en cuenta su estado de salud, la naturaleza del trabajo y, en la medida de lo posible, sus convicciones filosóficas y religiosas»* (ex artículo 21 LOGP). El Centro penitenciario también debe proporcionarles ropa de cama, muebles adecuados para guardar sus pertenencias, además los penados tienen derecho a vestir sus propias prendas, siempre que sean adecuadas, o, a optar por las que les facilite el establecimiento. Cuando no se autorice a los internos a conservar en su poder dinero, ropas, objetos de valor u otros que le pertenezcan, éstos deben ser guardados en un

lugar seguro o enviados a personas autorizadas por el recluso para recibirlos (ex artículo 22 LOGP). El trabajo se considera tanto un derecho como un deber de los internos y debe supeditarse a determinadas condiciones, De modo que no puede tener un carácter aflictivo; no puede atentar a la dignidad del interno; debe tener carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, a los efectos de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre; debe satisfacer las aptitudes, cualificación y aspiraciones laborales de los reclusos; ha de ser facilitado por el centro; ha de gozar de la protección derivada de la legislación en materia de seguridad social y, no puede subordinarse al logro de intereses económicos de la Administración (ex artículo 26 LOGP). Por otro lado, el trabajo debe ser compatible con las sesiones de tratamiento que en su caso sean necesarias y, con las necesidades de la enseñanza obligatoria (ex artículo 28 LOGP). Por último, destacar, que la LOGP establece determinados supuestos en los que los reclusos no tienen la obligación de trabajar, de manera que están exentos de trabajar cuando están llevando a cabo un tratamiento médico por causas de accidente o enfermedad hasta que sean dados de alta; cuando padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos; cuando sean mayores de sesenta y cinco años. También están exentos los perceptores de prestaciones por jubilación; las mujeres embarazadas durante dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas y; los internos que no puedan trabajar por razón de fuerza mayor (ex artículo 129 LOGP).

De otro lado, como ya se anticipó anteriormente, las penas privativas de libertad se ejecutan individualizando al penado en base a criterios vinculados al estudio de su personalidad con el propósito de reeducarlo y de reinserirlo, por lo que se establece un cumplimiento diferenciado durante la condena clasificando en grados a los reclusos. Tales grados son los siguientes: a) El primer grado, que supone un régimen cerrado, b) El segundo grado: régimen ordinario; c) El tercer grado; que se desarrolla en régimen abierto y; d) El cuarto grado; cuando se otorga la libertad vigilada.

3.5. La terminación de la ejecución

El proceso penal finaliza por la extinción de la responsabilidad que se contiene en el título ejecutivo cuyas causas se establecen el artículo 130 del CP o; por la anulación del título ejecutivo, a través de la estimación de un recurso extraordinario de revisión, o de un recurso de amparo o del recurso presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las causas de extinción de la responsabilidad penal son la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la remisión definitiva de la pena, el indulto, el perdón de la persona ofendida, la prescripción del delito o la prescripción de la pena o de la medida de seguridad impuesta.

La muerte del condenado implica la extinción de la responsabilidad penal, pero no de las responsabilidades civiles que se hubiesen fijado en la sentencia. Así, el ocaso de la persona física implica la imposibilidad de ejecutar la pena que se le ha impuesto, pues no es posible la transmisión *mortis causa* de la pena, de acuerdo con el principio de personalidad que inspira las condenas. No obstante, las responsabilidades civiles se transmiten a los herederos en virtud de las disposiciones de Derecho privado (ex artículos 115 y 116 LECrim y 130 CP). El procedimiento de extinción de la responsabilidad penal por esta causa es relativamente sencillo, una vez que el JVP tiene conocimiento del fallecimiento, solicita el certificado de defunción del penado e informe del Ministerio Fiscal, y dicta auto por el que se archiva la ejecutoria.

El cumplimiento de la pena es la forma habitual de la extinción de la responsabilidad penal, aunque parece que con el licenciamiento definitivo se agota la responsabilidad criminal, lo cierto es que mientras no se cancelen los antecedentes penales existe la posibilidad de ser considerado reincidente. Para otorgar la libertad definitiva por el órgano jurisdiccional, el director del Centro Penitenciario competente, tres meses antes del cumplimiento de la pena, emite una propuesta, de forma que la excarcelación se debe efectuar el día que se extinga definitivamente la condena de acuerdo con la liquidación practicada.

El indulto es una facultad del Rey que nuestra Carta Magna proclama en el artículo 62, letra i), al sancionar que corresponde al Rey «*ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales*». De acuerdo con lo dispuesto en la CE, se infiere que la petición de indulto debe dirigirse a una persona concreta con una condena firme, pudiendo ser el indulto total o parcial. Si es total se remiten todas las penas a las que el solicitante hubiera sido condenado y no hubiera comenzado a cumplir; si es parcial iniciada la ejecución de la pena, la concesión de la petición de indulto no afecta a las penas ya cumplidas. Con carácter general, para otorgar el indulto es necesario que no se produzca un perjuicio a una tercera persona y; no se extiende ni a las indemnizaciones impuestas en el fallo ni a las costas procesales ni a los antecedentes penales que deberán extinguirse de acuerdo con los plazos establecidos en el artículo 136 CP. Si bien el procedimiento para la concesión del indulto es marcadamente administrativo, lo cierto es que la intervención del órgano jurisdiccional adquiere una gran relevancia debido a que le corresponde emitir un informe sobre el mismo, así como ejecutar el indulto⁶.

En cuanto al perdón del ofendido, sólo se aplica en los supuestos que el CP establece, los cuáles son los delitos leves perseguibles a instancias de la perso-

6. Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, L., «El indulto: líneas de futuro», *La Ley Penal*, Nº 129, 2017, pp. 1-8.

na agraviada o, los delitos semipúblicos que son aquellos que exigen la previa denuncia del ofendido como requisito de procedibilidad. Ahora bien, cuando la víctima del hecho delictivo es una persona menor de edad o con discapacidad, la responsabilidad criminal no se extingue con el perdón del ofendido. Para que el perdón adquiera eficacia es necesario que sea otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a estos efectos el órgano jurisdiccional debe oír a la persona ofendida antes de dictar la resolución.

La prescripción del delito extingue la responsabilidad penal sin necesidad de identificar al delincuente, la misma se produce cuando transcurren los plazos que establece artículo 131 CP sin que se inicie un procedimiento contra el culpable, los distintos plazos se fijan en función de la gravedad del hecho delictivo teniendo en cuenta los plazos de duración de la pena en abstracto. Por último, la prescripción de la pena se produce cuando se haya dictado sentencia firme condenatoria y transcurran los plazos del artículo 133 CP sin que se haya realizado actividad ejecutiva, ya sea porque ni siquiera se inició o porque una vez iniciada se produce su quebrantamiento, interrumpiéndose si el condenado comete otro delito. El artículo 133 CP establece unas escalas en las que el plazo de prescripción empieza a correr de la fecha de la sentencia firme.

4. Cuestiones problemáticas de la ejecución de las penas privativas de libertad

En este epígrafe se examinan las cuestiones de la ejecución penal que más problemas suscitan en la práctica. En concreto, nos referimos a la delimitación de las competencias de los JJVVP y los órganos jurisdiccionales sentenciadores, al derecho de defensa o de asistencia letrada de los reclusos sin causas penales pendientes y, por último, a la intervención de las víctimas en esta fase del procedimiento penal.

4.1. Las competencias de los jueces de vigilancia penitenciaria

Antes de que se promulgara nuestra Carta Magna en 1978, la ejecución de las penas privativas de libertad era competencia de las Administraciones públicas, de forma que una vez que los jueces o tribunales penales dictaban la sentencia condenatoria y ésta devenía firme, se olvidaban con carácter general de su ejecución⁷. Aprobada la Constitución, el artículo 117.3 CE establece que co-

7. El Derecho Penitenciario de la etapa preconstitucional se plasmaba en el Reglamento de Servicios de Prisiones aprobado por el Decreto de 2 de febrero de 1956, el cual fue reformado en numerosas ocasiones BENÍTEZ

responde a los jueces y tribunales juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, fundamento y razón de ser de los JJVVPP que fueron creados en 1979 con la creación de la LOGP.

Así, el artículo 76.1 de la LOGP otorgaba autonomía y jurisdicción propia a los JJVVPP para la ejecución de las penas privativas de libertad, al sancionar literalmente que «*el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse*». En los primeros años de actividad de los JJVVPP nuestro Tribunal Constitucional los definía como «*órganos judiciales especializados que constituyen una pieza clave del sistema penitenciario*» o como «*la vía normal para salvaguardar los derechos de los internos*», destacando la importancia de su papel en nuestro sistema penitenciario al desempeñar funciones como la resolución de las reclamaciones que formulen los internos frente a las sanciones disciplinarias, la protección de los derechos fundamentales de los reclusos y la corrección de los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse (SSTC 73/1983 de 30 de julio, ECLI:ES:TC:1983:73; 2/1987, de 21 de enero, ECLI:ES:TC:1987:2 y; 143/1997, entre otras).

La competencia de los JJVVPP es territorial, personal y funcional. Territorialmente, su competencia se extiende a las instituciones penitenciarias, los establecimientos o centros penitenciarios y a los depósitos municipales o centros hospitalarios no penitenciarios si hay presos, reclusos o sentenciados. En cuanto a la competencia personal, comprende a todos los internos sometidos a la jurisdicción de los JJVVPP. Por lo que respecta a la competencia funcional, ésta engloba dos dimensiones, de un lado, la judicialización de la ejecución de las penas privativas de libertad, transformando su carácter administrativo en judicial y, de otro lado, garantizando el buen funcionamiento de los establecimientos penitenciarios sobre todo cuando se encuentren afectados los derechos de los reclusos.

Dentro de la judicialización de la ejecución, los JJVVPP tienen como funciones proponer la libertad condicional de los penados (ex artículo 76.2 b) LOGP), la aprobación de las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan implicar una disminución de la pena (ex artículo 76.2 c) LOGP), la resolución de los recursos sobre la clasificación inicial de

YÉBENES, J.R., «La malograda figura del juez de vigilancia penitenciaria», *La Ley Penal*, N° 114, 2015, pp. 2 y 3.

grado, así como las progresiones y regresiones en el mismo (ex artículo 76.2 b) LOGP). Es decir, los JJVVPP deben adoptar las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las sentencias que condenan a penas privativas de libertad se lleven a cabo. Así, el artículo 76.2, letra a), de la LOGP sanciona expresamente que corresponde especialmente a los JJVVPP *«adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores»*. No obstante, se considera que esta previsión choca o se contraria flagrantemente con el hecho de que se atribuya la aprobación de la libertad definitiva al juez o tribunal sentenciador, a lo que hay que añadir que el JVP no asume las competencias del órgano sentenciador, sino que hace suyas las demás competencias atribuidas a la jurisdicción penal⁸.

Se estima que, si bien la intención del artículo 76 LOPJ era consignar la ejecución de las penas privativas de libertad y todo el control jurisdiccional de la misma a los JJVVPP, leyes posteriores han refutado este planteamiento atribuyendo la ejecución penal de las sentencias a los órganos jurisdiccionales sentenciadores. Así, la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECrim, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado modificó el artículo 9 LECrim en el siguiente sentido *«los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán también para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias (...)»*. En este mismo sentido; tanto la Ley 38/2002 como la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial; modificaron el artículo 794 de la LECrim cuyo tenor literal manifiesta *«tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiere dictado (...)»*, expresiones idénticas o muy semejantes se contienen en los artículos 984, 985 y 986 de la LECrim⁹.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo 671/2002, de 9 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5111) declara que *«los recursos contra las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en cuestiones de clasificación del penado, en la medida que interesan directamente al régimen de ejecución de la pena, es decir, a la ejecución de lo juzgado (arts. 117.3 CE y 3.1 y 2 CP) son competencia del Tribunal sentenciador»*. Por lo que se podría entender como que la última palabra en materia de ejecución penal la tiene el órgano jurisdiccional sentenciar-

8. ALONSO DE ESCAMILLA, A., «Las nuevas competencias del Juez de vigilancia penitenciaria...», op. cit., p. 78.

9. BENÍTEZ YÉBENES, J.R., «La malograda figura...», op. cit., p.5.

dor. Sin embargo, si se realiza una reinterpretación del artículo 76 de la LOPJ se deduce que lo que ejecutan los JJVVPP no es la pena, sino el «control» de la ejecución con el objetivo de que se cumpla el título ejecutivo y las normas legales y reglamentarias en la materia, no debiendo considerarse este control como una delegación del órgano judicial sentenciador al JVP, sino como jurisdicción propia de los JJVVPP, pues éstos sólo están subordinados al título ejecutivo y a la normativa legal y reglamentaria, no al Tribunal sentenciador, y en pleno ejercicio de su jurisdicción y competencia resuelven si la pena se ejecuta de acuerdo a Derecho o no, cuestión diferente es que, si se recurre la resolución de un determinado JVP ante el órgano sentenciador, éste pueda razonar algo totalmente distinto al JVP¹⁰.

Por otro lado, el artículo 78 LOGP, al igual que la Disposición Transitoria Primera, posponen los procedimientos de actuación ante los JJVVPP a lo que dispongan las leyes correspondientes. Sin embargo, esta regulación posterior no se ha llegado a confeccionar, lo que se considera que quebranta de facto el artículo 24.1 de la Constitución que salvaguarda a todas las personas, inclusive, a los reclusos¹¹. Con este largo retraso en regular un procedimiento para actuar ante los JJVVPP parece que el legislador quiere desaparecer estos órganos, de hecho, el 4 de abril de 2014 el Consejo de Ministros aprobó un Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial para sustituir la actual LOPJ suprimía los JJVVPP, los cuáles serían reemplazados por las Unidades Judiciales de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad¹².

Por lo que respecta al buen funcionamiento de los centros penitenciarios, la LOGP confiere a los JJVVPP la salvaguarda de los derechos de los internos, así como corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan cumplirse (ex artículo 76.1 LOPJ), aprobar las sanciones de aislamiento en celda superiores a catorce días (ex artículo 76.2, d) LOPJ), resolver las reclamaciones formuladas contra sanciones disciplinarias por vía de recurso (ex artículo 76.2. e) LOPJ), decidir sobre las peticiones o quejas formuladas en relación con derechos fundamentales o derechos y beneficios penitenciarios afectados por el régimen o tratamiento ex artículo 76.2. g) LOPJ) y visitar los establecimientos penitenciarios (ex artículo 76.2. h) LOPJ). Además, al JVP debe comunicársele la utilización de medios coercitivos y la intervención o suspensión de comunicaciones orales u escritas (artículos 45.2 y 51.5 LOGP).

10. BENÍTEZ YÉBENES, J.R., «La malograda figura...», op. cit., p.5.

11. BENÍTEZ YÉBENES, J.R., «La malograda figura...», op. cit., p.6.

12. BENÍTEZ YÉBENES, J.R., «La malograda figura...», op. cit., pp. 8 y ss.

4.2. El derecho de defensa o asistencia letrada de los reclusos

El derecho de defensa emerge desde la imputación procesal del delito y se debería mantener durante todo el proceso penal, aunque con el dictado de la sentencia condenatoria firme éste parece diluirse. Sin embargo, se considera, con acierto, que el derecho de defensa debería conservarse en la ejecución de la sentencia condenatoria, pues el ingreso en prisión de una persona implica su inmediata subordinación a una legislación diferente y específica, la penitenciaria, lo que fundamenta la necesidad de una asistencia letrada en materia de ejecución penal que posibilite la información a los penados de sus derechos y deberes y, como hacerlos valer mediante los instrumentos reconocidos en la normativa penitenciaria (peticiones, quejas y recursos)¹³.

Los distintos tipos de asistencia letrada de los reclusos se regulan en los artículos 51.2 LOGP y 48 del RP. El artículo 51.2 LOGP dispone que *«las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo»* (en este mismo sentido, se manifiesta el artículo 48.3 del RP). En cambio, el apartado cuarto del artículo 48 alude a las comunicaciones con *«otros letrados»* que no sean los abogados defensores, pero cuya visita haya sido requerida por el interno. Las diferencias entre las comunicaciones previstas en los artículos 51.2 LOGP y 48.3 RP y, las contempladas en el artículo 48.4 RP, radican en la finalidad y en el distinto tratamiento que les otorga la legislación penitenciaria. Así, las primeras se refieren a internos que tienen causas penales pendientes, como podría ser un detenido preventivo en prisión provisional, por lo que la actividad de los profesionales de la abogacía se encamina a cumplir con las necesidades y exigencias de la instrucción penal, nos encontramos ante un derecho de defensa en estado puro, de ahí que tales comunicaciones no puedan ser ni suspendidas ni intervenidas excepto si lo ordena la autoridad judicial o en supuestos de terrorismo. Sin embargo, en la hipótesis del artículo 48.3 del RP nos encontramos ante la asistencia letrada a internos que no tienen ningún procedimiento penal pendiente de sentencia, pero que precisan de asesoramiento técnico en cuestiones que afectan a sus derechos o intereses legítimos durante el cumplimiento de la condena en un determinado centro penitenciario. Esta asistencia letrada al no ir ligada a la investigación de una causa penal, la normativa penitenciaria no la trata como al ejercicio del derecho de defensa en sentido estricto, por lo que se le aplica el régimen ordi-

13. NISTAL BURÓN, J., «El derecho de defensa en la etapa de la ejecución penal. El carácter de la asistencia letrada a los penados», *Diario La Ley*, N° 7484, 2010, pp. 2 y 3.

nario de las comunicaciones, pudiendo ser intervenida o suspendida por la Administración penitenciaria¹⁴.

Expuestas las dos clases de asistencia letrada que prevé la normativa penitenciaria y su tratamiento jurídico, la primera pregunta que debemos hacernos es si la asistencia técnica que prevé el artículo 48.3 del RP supone un auténtico ejercicio del derecho de defensa o no. Existen dos posturas al respecto, la primera se inclina por la teoría de que con la asistencia letrada en el ámbito de la ejecución penal se está ejerciendo un verdadero derecho de defensa debiendo garantizarse el mismo tratamiento procesal que para las garantías previstas en el artículo 24 de nuestra Carta Magna, y, la segunda que considera que la asistencia letrada en el ámbito de la ejecución penal es un mero asesoramiento jurídico-técnico que debe seguir siendo regulado en los términos de la normativa penitenciaria¹⁵. A la hora de decantarse por una u otra postura, no se puede perder de vista que en la etapa de ejecución de la pena privativa de libertad existen determinadas decisiones judiciales que pueden disminuir la condena fijada en la sentencia o el tiempo de internamiento, así, cobran una especial relevancia la determinación cuantitativa de la pena, la modificación de las condiciones de la condena y la impugnación de actos ante la Administración penitenciaria. Se ha considerado, con acierto, que el derecho de defensa debe desplegar idénticos efectos que en la fase declarativa, una vez que se dicte la sentencia penal, con la finalidad de salvaguardar el derecho a la libertad, configurado como un derecho de la esfera individual frente a los poderes del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*¹⁶.

4.3. La intervención de las víctimas en la ejecución

Como ya se ha adelantado, el EVD permite que las víctimas intervengan en fase de ejecución cuando el recluso está cumpliendo condenas por delitos especialmente graves, al considerar que de este modo se garantiza la confianza y la colaboración de las víctimas con la justicia penal¹⁷.

El artículo 13.1 del EVD habilita a las víctimas para recurrir los autos de los JVVPP que autoricen la clasificación del penado en el tercer grado de cumplimiento, antes de que se extinga la mitad de la condena (ex artículo 36.2 CP); los que autoricen los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasi-

14. NISTAL BURÓN, J., «El derecho de defensa en la etapa de...», op. cit., p. 4

15. NISTAL BURÓN, J., «El derecho de defensa en la etapa de...», op. cit., p. 4

16. NISTAL BURÓN, J., «El derecho de defensa en la etapa de...», op. cit., p. 10.

17. ALONSO DE ESCAMILLA, A., «Las nuevas competencias del Juez de vigilancia penitenciaria...», op. cit., p. 86.

ficación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional del penado (ex artículo 78.3 CP); así como el que conceda al penado la libertad condicional; siempre que se trate de delitos de homicidio, aborto, lesiones, delitos contra la libertad, tortura, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, robo con violencia o intimidación, terrorismo o trata de seres humanos.

El artículo 13.1 EVD ha sido fuertemente criticado por la doctrina al considerar que la intervención de las víctimas en la fase de ejecución supone una injerencia en el monopolio estatal del ejercicio del *ius puniendi*, así como un menoscabo en la finalidad reeducadora y resocializadora que consagrada el artículo 25 de nuestra Constitución. Pues si bien la aprobación del EVD surge de la necesidad de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, lo cierto es que el EVD excede notablemente las previsiones mínimas que fija la Directiva, ya que ésta solo impone a los Estados la obligación de que se les notifiquen a las víctimas determinadas resoluciones si lo solicitan¹⁸.

El apartado dos del artículo 13 del EVD también legitima a las víctimas para que puedan interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta que entiendan necesarias para salvaguardar su seguridad, cuando el penado hubiera sido condenado por hechos de los que pueda deducirse razonablemente una situación de peligro para la víctima y; para facilitar al órgano jurisdiccional cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado. Se entiende que, en los casos de violencia de género, la información que las víctimas pueden facilitar en relación a la peligrosidad del reo a los efectos de imponerle prohibiciones u obligaciones más apropiadas para garantizar su rehabilitación y la protección a las víctimas es muy útil para el órgano jurisdiccional; así como respecto de la responsabilidad civil o del decomiso. Por ejemplo, en la exigencia de garantías de abono al reo o a la posible revocación de la suspensión por haber facilitado información inexacta e insuficiente, e incluso, por ocultar bienes (ex artículo 86.1 d) CP)¹⁹.

18. ALONSO DE ESCAMILLA, A., «Las nuevas competencias del Juez de vigilancia penitenciaria...», op. cit., p. 87 y PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., «Violencia de género y ejecución penal», *Diario La Ley*, N° 9429, p. 20.

19. PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., «Violencia de género...», op. cit., p. 21.

5. Conclusiones

La ejecución penal de la sentencia constituye una actividad jurisdiccional desde que se promulgó nuestra Carta Magna, así se desprende del artículo 117.3. Sin embargo, es necesario poner el foco en esta fase del procedimiento penal e intentar mejorar ciertos aspectos que pueden suscitar problemas.

En primer lugar, la regulación de la LECrim, pues no solo es insuficiente en lo que respecta a la ejecución penal, sino que además se contradice con lo dispuesto en el artículo 76 LOGP, no quedando claro qué órgano es competente para controlar la ejecución de las penas privativas de libertad si el Tribunal sentenciador o el JVP. En ningún caso, debería considerarse que el JVP depende o está subordinado al órgano jurisdiccional que dictó la sentencia, sino que debe verse como un órgano con potestad jurisdiccional y especializado en Derecho Penitenciario.

En segundo lugar, el derecho de defensa de los reclusos debería desplegar todos sus efectos en la ejecución, aunque no tengan causas penales pendientes. En los centros penitenciarios existe un régimen jurídico especializado e intrínsecamente ligado al derecho de libertad (ex artículo 17 CE), por lo que el derecho de los internos a comunicarse con sus letrados debería tener la misma protección, con independencia de que tales comunicaciones se efectuaran con el abogado defensor a los efectos de preparar la defensa del juicio o de que tuviera como finalidad un asesoramiento jurídico-técnico.

Por último, si bien la intervención de las víctimas en la fase de ejecución para facilitar información al órgano jurisdiccional sobre la peligrosidad del recluso, la responsabilidad civil y el decomiso se considera beneficiosa a los efectos de que el Juzgador adopte la decisión más adecuada. El hecho de que puedan recurrir los autos de los JJVVPP podría conculcar la finalidad resocializadora consagrada en el artículo 25 CE.

6. Bibliografía

- ALONSO DE ESCAMILLA, A., «Las nuevas competencias del Juez de vigilancia penitenciaria», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXII, 2019, pp. 76-90.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, L., «El indulto: líneas de futuro», *La Ley Penal*, Nº 129, 2017, pp. 1-8.
- BENÍTEZ YÉBENES, J.R., «La malograda figura del juez de vigilancia penitenciaria», *La Ley Penal*, Nº 114, 2015, pp. 1-14.

- CAPITAL REMEZAL, M., «Cuestiones prácticas en materia de ejecución de sentencias penales», *La Ley Penal*, N° 126, 2017, pp. 1-16.
- CUERVO NIETO, C., «Las medidas de seguridad en el Derecho Penal español: consideraciones desde la perspectiva constitucional y del principio de legalidad», *La Ley Penal*, N° 159, 2022, pp. 1-7.
- NISTAL BURÓN, J., «La discapacidad psíquica en sede de ejecución penal. Principio de resocialización», *Revista General de Derecho Penal*, N° 9, 2008, pp. 1-25.
- «El derecho de defensa en la etapa de la ejecución penal. El carácter de la asistencia letrada a los penados», *Diario La Ley*, N° 7484, 2010, pp. 1-13.
- MARTÍNEZ JARIOD, A., «Agilización de la ejecución penal», *Diario LA LEY*, N° 10228, 2023, pp. 1-11.
- MÉNDEZ LÓPEZ, I., «La ejecución penal», en Pérez-Cruz Martín, A.J., *Derecho Procesal I. Proceso Penal*, Servicios Publicaciones Universidad de Oviedo, 2020, pp. 250-261.
- PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., «Violencia de género y ejecución penal», *Diario La Ley*, N° 9429, pp. 1-30.

III | Ejecución forzosa en el orden contencioso-administrativo y cuestión de inconstitucionalidad

Rafael Arenas García¹
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. PLANTEAMIENTO Y EFECTOS DE LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD. 2.1. MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD. 2.2. EL EFECTO SUSPENSIVO DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD. 3. EL PROCESO DE EJECUCIÓN FORZOSA. 3.1. EJECUCIÓN FORZOSA Y OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS FIRMES. 3.2. EJECUCIÓN FORZOSA E IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN. 4. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN FORZOSA. 4.1. EJECUCIÓN FORZOSA DE LA STJCA DE 16 DE DICIEMBRE DE 2020. 4.2. CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD, INCIDENTE DE IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN Y FACULTAD DE LEGISLAR. 5. CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

La ejecución de las sentencias judiciales es uno de los muchos temas abordados por Manuel Jesús Cachón Cadenas a lo largo de su prolífica vida académica; un tema con el que ya se encontró durante la elaboración de su tesis doctoral sobre el embargo² y al que volvió en varias ocasiones; entre ellas, con su monografía sobre la ejecución procesal civil en las ediciones de 2014 y de 2018³. La ejecución es, además, una de esas cuestiones que presenta, a mi juicio, una dificultad especial pues es, con frecuencia, cuando se desciende al detalle de la eficacia de las decisiones el momento en el que aparecen proble-

1. Agradezco la lectura y comentarios de una primera versión de este trabajo por el profesor Enric Fossas Espadaler. Por supuesto, todo error o carencia es de mi exclusiva responsabilidad.

2. CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo ejecutivo civil*, tesis, Universidad Autònoma de Barcelona, 1988; publicado como CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 1991.

3. CACHÓN CADENAS, M.J., *Ejecución procesal civil*, edit. Atelier, Barcelona, 1ª ed. 2014, 2ª ed. 2018.

mas que, desde la perspectiva genérica que ofrece el proceso declarativo, no son siquiera percibidos. A esto se une que la doctrina procesalista se ha construido, básicamente, en torno al proceso de declaración, dedicando menor atención a la fase de ejecución⁴. En el caso español, además, la estructura del proceso de ejecución forzosa y, especialmente, su carácter judicial, contribuyen a dotarle de unas características especiales, apartándolo, en alguna medida, de lo que es habitual en otros países; lo que plantea algunas dificultades cuando se trata de aplicar en España instrumentos internacionales (Reglamentos europeos, por ejemplo), que han sido diseñados pensando en sistemas de ejecución forzosa diferentes al español.

En esta contribución, sin embargo, no me ocuparé de estas diferencias, sino que trataré un tema bastante más limitado: la forma y efectos en que puede plantearse una cuestión de constitucionalidad en el proceso de ejecución forzosa en la jurisdicción contencioso-administrativa. Tal y como intentaré explicar, existen algunas dificultades en esta cuestión que merecen alguna reflexión. Estas dificultades, además, se han puesto de manifiesto recientemente al hilo del planteamiento de una cuestión de constitucionalidad por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) en relación al decreto ley 6/2022⁵ y la ley 8/2022⁶ (tanto uno como la otra, normas de rango legal de la Generalitat de Cataluña) en el marco del proceso de ejecución forzosa de la sentencia del propio tribunal de 16 de diciembre de 2020⁷. En la última parte del trabajo nos ocuparemos específicamente de esta cuestión de inconstitucionalidad; pero antes trataremos de los elementos más relevantes —desde la perspectiva que aquí interesa— tanto en el procedimiento de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad como en el de ejecución forzosa de las sentencias dictadas en el orden contencioso-administrativo.

4. Cf. LÓPEZ GIL, M., *Avances en la ejecución de sentencias contra la administración*, edit. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 27. Lo que no quiere decir que no existan abundantísimos estudios sobre la ejecución procesal. Así lo destacaba Manuel Cachón en su obra sobre el embargo (CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, ob. cit., p. 21; donde explica que no entrará sobre cuestiones generales relativas a la ejecución procesal por estar ya abundantemente tratadas, apoyándose en una cita de CARNELUTTI, que ya destacaba esta abundancia en un trabajo del año 1958 (*ibidem*, n. núm. 26).

5. Decreto Ley 6/2022, de 30 de mayo, por el que se fijan los criterios aplicables a la elaboración, la aprobación, la validación y la revisión de los proyectos lingüísticos de los centros educativos, DOGC, 30 de mayo de 2022, Anexo A (DOGC núm. 8678A, <https://dogc.gencat.cat/es/document-del-dogc/?documentId=929826>)

6. Ley 8/2022, de 9 de junio, sobre el uso y el aprendizaje de las lenguas oficiales en la enseñanza no universitaria, DOGC, 10-VI-2022 (DOGC núm. 8686, <https://dogc.gencat.cat/es/document-del-dogc/?documentId=931082>).

7. STSJC (Sala de lo Contencioso, Sección 5) de 16 de diciembre de 2020, ECLI:ES:TSJCAT:2020:8675.

A partir de ahí estaremos en condiciones de abordar la aparente contradicción entre lo previsto en el art. 35.3 de la LOTC⁸, donde se indica que el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad origina la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial y la dicción del art. 105.1 de la LCA⁹, que establece que «No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo». Tal y como se defenderá, es posible plantear cuestiones prejudiciales en el marco de un proceso de ejecución forzosa; pero ese planteamiento no tendrá como efecto la suspensión del procedimiento de ejecución forzosa; sin que esto suponga desatender lo previsto en el art. 35 de la LOTC.

2. Planteamiento y efectos de la cuestión de constitucionalidad

2.1. Momento procesal oportuno para el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad

Como es sabido, en el derecho español, las normas de rango legal posteriores a la Constitución no pueden ser declaradas inconstitucionales más que por el Tribunal Constitucional. Si un juez o tribunal considera que una norma de rango legal cuya aplicación sea necesaria para dictar una resolución es contraria a la Constitución, deberá plantear cuestión de inconstitucionalidad y aguardar a la decisión del Tribunal Constitucional. Si la norma es infralegal o anterior a la Constitución, en ese caso, el órgano jurisdiccional puede dejar de aplicarla sin necesidad de recurrir al Tribunal Constitucional; aunque también tiene abierta la vía de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, si así lo cree conveniente¹⁰. De esta forma, el sistema español de control de constitucionalidad de las

8. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, *BOE*, 5-X-1979, texto consolidado en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/10/03/2/con>.

9. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *BOE*, 14-VII-1998, texto consolidado en <https://www.boe.es/eli/es/lj/1998/07/13/29/con>.

10. La inaplicación por parte de los tribunales ordinarios de las normas legales preconstitucionales contrarias a la Constitución se deriva del punto 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución. *Vid.* STC 4/1981, de 2 de febrero, ECLI:ES:TC:1981:4, FJ 1; PUNSET BLANCO, R., «Tribunal Constitucional y órganos jurisdiccionales en la tutela de la supremacía de la Constitución. Una perspectiva general», *Revista Jurídica de Asturias*, 1995, núm. 19, pp. 21-44, p. 30; MEDINA GUERRERO, M., «Artículo 35», en REQUEJO PAGÉS, J.L. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, 2001, pp. 511-531, p. 513; SOSPEDRA NAVAS, F.J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, edit. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 146-147; aunque manteniéndose la posibilidad de plantear cuestión de constitucionalidad respecto a tales normas, tal y como ha sostenido de manera constante la doctrina del Tribunal Constitucional (*ibidem*, p. 147). *Vid.* también FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, edit. Cedecs, Barcelona, 2003, pp. 96-104. La obligación de inaplicar las normas reglamentarias incompatibles con la Constitución se deriva del art. 6 de la LOPJ («Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa»). *Vid.* PUNSET BLANCO, R., ob. cit., pp. 33 y 35-37.

normas de rango legal es concentrado, en vez de difuso, como en el caso de Estados Unidos¹¹. Ahora bien, el hecho de que la decisión última sobre la constitucionalidad de las normas de rango legal posteriores a la Constitución corresponda al Tribunal Constitucional no implica que la jurisdicción ordinaria no realice un juicio de constitucionalidad¹². Obviamente, tendrá que hacerlo con el fin, en su caso, de plantear la cuestión de constitucionalidad. Este juicio puede traducirse en la consideración de que la norma en cuestión es inconstitucional o en la existencia de una duda relevante sobre la constitucionalidad de ésta y siempre teniendo en cuenta la necesidad de agotar la posibilidad de una interpretación constitucionalmente conforme¹³. En la Constitución de 1978, se afirma que la cuestión de constitucionalidad se planteará cuando la norma legal «pueda ser contraria a la Constitución»; esto es, basta la duda para que pueda plantearse la cuestión¹⁴. En la Constitución de 1931, en cambio, los tribunales ordinarios deberían acudir al Tribunal de Garantías Constitucionales cuando consideraran que la norma de rango legal era contraria a la Constitución¹⁵. Ahora bien, aunque una duda baste para poder plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano jurisdiccional que la eleve deberá indicar cuáles son los motivos de inconstitucionalidad (o posible inconstitucionalidad) que aprecie en la norma¹⁶.

De acuerdo con esto, los jueces y tribunales que tengan dudas sobre la constitucionalidad de una norma legal aplicable al caso y posterior a la Constitución, o bien que consideren que dicha norma es inconstitucional deben plantear la cuestión de constitucionalidad y, además, abstenerse de aplicar la mencionada norma. Esta segunda dimensión ha de ser resaltada y deberemos volver sobre ella; porque el hecho de que una norma tenga rango legal no la libera del principio de jerarquía normativa ni los tribunales ven limitada su capacidad de

11. Vid. SOSPEDRA NAVAS, F.J., ob. cit., p. 29.

12. Vid. PUNSET BLANCO, R., ob. cit., 29.

13. Vid. art. 5.3 LOPJ: «Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional». Sobre la duda de constitucionalidad, vid. MEDINA GUERRERO, M., ob. cit., pp. 521-523. Sobre la posibilidad de plantear la cuestión de constitucionalidad, incluso aunque pueda identificarse una interpretación constitucionalmente conforme, vid. RIBAS MAURA, A., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 89-90.

14. Art. 163 de la Constitución.

15. Art. 100 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931: «Cuando un Tribunal de Justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales».

16. Vid. el art. 35.2 de la LOTC: «El órgano judicial [que plantea la cuestión de inconstitucionalidad] deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, *el precepto constitucional que se supone infringido* y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión» (cursiva añadida). Sobre la naturaleza de la duda de constitucionalidad en el juez que justifica el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, vid. FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., ob. cit., pp. 125-133 y referencias allí contenidas.

juzgar sobre su constitucionalidad. De igual forma que un juez o tribunal no puede aplicar una norma reglamentaria contraria a la Constitución, tampoco puede aplicar una norma legal que considere contraria a la norma suprema del ordenamiento; lo que sucede es que esta inaplicación ha de ir acompañada del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad¹⁷. Y, en caso de que el Tribunal Constitucional considere que no cabe declarar la inconstitucionalidad de la norma, el juez o tribunal que ha planteado la cuestión deberá ajustarse al criterio del Tribunal Constitucional.

En cualquier caso, esta cuestión de inconstitucionalidad no puede plantearse en abstracto. Solamente es posible cuando la norma sobre cuya constitucionalidad se duda (o que se considera inconstitucional) es aplicable a un caso del que esté conociendo el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión, y siempre que la decisión del proceso dependa de la validez de la norma en cuestión¹⁸. El Tribunal Constitucional no resuelve dudas hipotéticas, sino tan solo aquellas que se planteen en el marco de un procedimiento concreto. Además, la cuestión no puede plantearse en cualquier momento, sino, tal y como establece el art. 35.2 de la LOTC, «una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese». Esta es una precisión relevante que, como veremos, tiene especial importancia en el tema que nos ocupa. La cuestión de constitucionalidad no puede plantearse más que en la fase final del procedimiento, de tal manera que, tras la resolución del Tribunal Constitucional, la única actuación procesal que cabe adoptar es la de dictar sentencia «o la resolución jurisdiccional que procediese». El inciso «o la resolución jurisdiccional que procediese» tiene importancia, pues en la redacción original de la LOTC no se incluía, de manera que se planteó la duda de si la cuestión de inconstitucionalidad solamente podía plantearse en aquellos procedimientos que concluyen por medio de una sentencia, excluyéndose en aquellos otros que concluyen por medio de auto o cualquier otra decisión judicial. La doctrina del Tribunal Constitucional dejó claro que el término «fallo» al que se refiere el art. 163 de la Constitución, «equivale a la decisión, cualquiera que sea la forma que adopte, que ponga fin a un proceso o resuelva un incidente de forma definitiva»¹⁹. Esta doctrina fue trasladada al texto de la LOTC por medio de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo²⁰, que da la redacción vigente al art. 35.2 de la LOTC.

17. Vid. FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., ob. cit., pp. 126-127; MEDINA GUERRERO, M., ob. cit., p. 513.

18. Arts. 163 de la Constitución y 35.2 de la LOTC.

19. Vid. la STC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1: «Ahora bien, no existe razón alguna para que los autos, en cuanto resoluciones motivadas sobre cuestiones incidentales en el sentido más amplio de la expresión, no puedan dar lugar a una cuestión previa de inconstitucionalidad en orden a la norma aplicable y de cuya validez dependen» y las referencias que se citan en la STC 149/2020, de 22 de octubre, FJ 2.

20. BOE, 25-V-2007.

De esta forma, no es necesario, para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, que el proceso esté tan solo pendiente de sentencia. Puede plantearse en cualquier procedimiento que vaya a concluir con una decisión, sea cual sea la forma que adopte ésta. Ahora bien, sí que es necesario que al plantear la cuestión se identifique una decisión judicial que ha de adoptarse y que ponga fin al procedimiento o al incidente (en sentido amplio) en el que se plantee la cuestión²¹. En definitiva, la decisión judicial que depende de la resolución de la cuestión de constitucionalidad puede adoptar cualquier forma; pero esta cuestión solamente puede plantearse cuando el procedimiento o el incidente en el que se plantea la cuestión esté pendiente tan solo de dictar esa resolución final del mismo.

2.2. El efecto suspensivo del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad

El artículo 163 de la Constitución establece que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad no tendrá efectos suspensivos. Esta prohibición de efectos suspensivos han de entenderse referidos a la norma de rango legal objeto de la cuestión y en oposición a lo que prevé el artículo 161.2 de la Constitución para los casos en los que el Gobierno impugne ante el Tribunal Constitucional disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas²². De acuerdo con este último precepto, la impugnación provocará la suspensión de la disposición o resolución recurrida; una suspensión que deberá ser revisada por el Tribunal Constitucional en un plazo no superior a cinco meses. En el caso del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la ley o disposición sobre cuya constitucionalidad se duda seguirá desplegando todos sus efectos; de tal forma que los particulares estarán obligados a acatarla, las autoridades a aplicarla y también los órganos jurisdiccionales; en tanto en cuanto aquellos, diferentes del que plantea la cuestión, no tengan dudas sobre su constitucionalidad. La valoración sobre la adecuación a la Constitución de la norma de rango legal que haya realizado el juez o tribunal que plantea la cuestión no se extiende a otros jueces o tribunales²³, ya que las decisiones que tomen estos, incluida la de plantear una cuestión de constitucionalidad, tan solo ha de estar condicionada por la propia Constitución y la normativa aplicable, pues en esto consiste, en esencia, la in-

21. *Vid.* el ATC 96/2018, de 18 de septiembre, FJ ÚNICO: «Este requisito, consustancial al carácter eminentemente prejudicial de este proceso constitucional, no puede darse por cumplido, toda vez que, en las actuaciones de la pieza separada de medidas cautelares correspondiente al procedimiento núm. 155-2017, el órgano promotor no ha identificado resolución judicial alguna pendiente de aprobación».

22. *Vid.* FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *ob. cit.*, pp. 343-344 y referencias allí contenidas.

23. *Vid.* FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *ob. cit.*, pp. 136-137.

dependencia judicial: el juez solamente está sometido a la ley y al Derecho, sin que pueda nadie dirigirle instrucciones; ni siquiera otros jueces que, en su caso, podrán revisar la decisión a través del sistema de recursos; pero no influir en la decisión que, en cada caso, ha de tomar el juzgador.

Ahora bien, el planteamiento de la cuestión, que no suspende la vigencia de la norma objeto de esta; sí que suspende el procedimiento en el que ha de ser aplicada; tal y como establece el art. 35.3 de la LOTC²⁴. No puede ser de otra forma, puesto que, como hemos visto, la cuestión se plantea justo antes de poner fin al procedimiento mediante la decisión en la que debería aplicarse la norma presuntamente inconstitucional. El órgano jurisdiccional no puede ni aplicar dicha norma (por considerarla inconstitucional o por, al menos, albergar dudas sobre su constitucionalidad); ni dictar una resolución en la que ignore la existencia de la norma de rango legal. El sistema de control de constitucionalidad vigente en España impide llegar a este último resultado; por lo que, inevitablemente, la elevación de la cuestión impide dictar la resolución final del procedimiento o del incidente en el que se plantea; por lo que la suspensión es también inevitable.

Ahora bien, esta suspensión ha de entenderse referida únicamente a esta resolución que precisa de la consideración de la norma objeto de la cuestión; lo que implica, como veremos, que el procedimiento en el marco del cual se ha de dictar esa resolución continúa vivo, pudiendo adoptarse otras decisiones en el mismo, tal y como ha establecido con claridad el Tribunal Constitucional²⁵. De esta forma, en el caso de que se plantee la cuestión prejudicial antes de dictar sentencia sobre el fondo, es posible la adopción de las medidas cautelares que fueran necesarias, tal y como se indica en el ATC 313/1996, de 29 de octubre²⁶. De igual forma, en caso de que la cuestión de inconstitucionalidad se plantee en un procedimiento de medidas cautelares, puede continuar el procedimiento principal, con el límite de que no se aplique la normativa objeto de la

24. «El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión».

25. *Vid.* el ATC 313/1996, de 29 de octubre, FJ 2: «El mero dato de que el órgano judicial que ha promovido una cuestión de inconstitucionalidad adopte resoluciones dentro de ese mismo proceso en el que la cuestión se ha originado, no vulnera ningún precepto legal ni vacía, por sí solo, el proceso constitucional abierto acerca de la validez de la ley. Nada impide, al Tribunal a quo la adopción de medidas cautelares que fueran precisas para asegurar las resultas del juicio, e incluso los efectos de la futura Sentencia de este Tribunal resolviendo la cuestión, como tampoco existe obstáculo para que lleve a cabo otros actos de instrucción y de ordenación del proceso que no guarden relación con la validez de la ley cuestionada, pues el proceso de fondo sigue pendiente ante él en situación procesal de detención». En el mismo sentido, *vid.* el ATC 95/2018, de 18 de septiembre y referencias contenidas en su FJ ÚNICO.

26. *Vid.* n. anterior.

cuestión o se dicte sentencia en el mismo; puesto que esto implicaría que la cuestión pierde su sentido; ya que, como hemos visto, la cuestión de constitucionalidad no puede ser hipotética, sino relativa a un procedimiento abierto, resultando necesaria la resolución de la cuestión para poder dictar una decisión en el mismo.

De acuerdo con lo anterior, la suspensión del procedimiento que prevé el art. 35.2 de la LOTC es una consecuencia necesaria tanto de la imposibilidad de aplicar una norma de rango legal cuando se considera que es contraria a la Constitución (o sobre cuya constitucionalidad se duda) y del carácter instrumental que tiene la cuestión respecto a la decisión en la que debe aplicarse la norma de rango legal objeto de la cuestión. Teniendo en cuenta estos dos parámetros resulta sencillo entender tanto la razón como el alcance de la suspensión; lo que nos será útil para ver cómo se proyectan estos principios en el procedimiento de ejecución forzosa. Antes de ello, sin embargo, deberemos detenernos mínimamente en la naturaleza y configuración de este procedimiento de ejecución forzosa en el orden contencioso-administrativo.

3. El proceso de ejecución forzosa

3.1. Ejecución forzosa y obligatoriedad de la sentencias firmes

Las sentencias son plenamente obligatorias desde su firmeza, y, cuando la parte condenada sea la administración, una vez comunicada dicha firmeza al órgano responsable del cumplimiento de la sentencia, éste debe llevarla a efecto, tal y como establece el artículo 104.1 de la LJCA. Cuestión distinta es que, como prevé el art. 104.2 de la LJCA, la ejecución forzosa de la sentencia no pueda ser instada más que transcurridos dos meses desde la comunicación de la firmeza de la sentencia. De ahí que, en ocasiones, este plazo de dos meses sea considerado de cumplimiento «voluntario» de la sentencia²⁷; lo que induce a confusión, puesto que el cumplimiento, incluso dentro de ese plazo, es obligatorio; sin que quepa a la administración oponerse al mismo; más allá de lo previsto en el art. 105.2 de la LJCA, sobre el que tendremos que volver; o en el art. 105.3 de la LJCA. Una cosa es que no pueda instarse la ejecución forzosa de la sentencia y otra que, siendo firme y obligatoria, su cumplimiento por parte de la administración no sea manifestación de una facultad libérrima; puesto que, tras la firmeza, lo único legalmente posible es el cumplimiento,

27. Así, por ejemplo, PÉREZ GÓMEZ, J., *La ejecución de resoluciones judiciales en litigios frente a las Administraciones Públicas*, edit. CEMCI, Granada, 2003, p. 31; LÓPEZ GIL, M., ob. cit., p. 221.

resultando el incumplimiento una patología que deberá corregirse, bien por los mecanismos de la ejecución forzosa, bien, incluso, a través de la vía penal²⁸.

Pese a lo anterior, y tal y como se acaba de indicar, el procedimiento de ejecución forzosa no puede iniciarse más que transcurridos dos meses desde la notificación de la firmeza de la sentencia, a salvo de que se hubiera fijado otro plazo para el cumplimiento²⁹. Este procedimiento está abierto tanto a las partes en el proceso como a cualquier persona afectada (art. 104.2 de la LJCA); quienes deberán dirigirse al órgano jurisdiccional que haya conocido en primera o única instancia (art. 103.1 de la LJCA) para que adopte las medidas necesarias a fin de conseguir la efectividad de la sentencia firme³⁰. El procedimiento de ejecución forzosa no es más que el conjunto de actuaciones que se desarrollarán a fin de conseguir dicha efectividad; actuaciones que serán de naturaleza diferente en función de lo ordenado por la sentencia (pago de una cantidad líquida, anulación de un acto, realización por parte de la administración de una determinada actividad), de la actitud de la administración o, como veremos, de la imposibilidad total o parcial de ejecución de la sentencia.

De esta forma, la ejecución forzosa no es en sí mismo un procedimiento delimitado por medio de un *petitum* que concluye con una decisión en la que se concede o no lo que se solicita; sino que dentro del procedimiento de ejecución forzosa se incluirán peticiones para la adopción de diferentes medidas, encaminadas todas ellas a conseguir la efectividad de la sentencia. El procedimiento continuará, a través de los incidentes que sean necesarios, en tanto no conste la ejecución total de la sentencia³¹. Así, la ejecución forzosa no es, en sí un procedimiento, sino la suma de todos los incidentes que se promuevan a fin de dotar de efectividad a la sentencia.

28. El art. 410 del Código Penal sanciona a las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior.

29. Art. 104.2 LJCA: «Transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o del plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo conforme al artículo 71.1.c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa». Art. 104.3 LJCA: «Atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, ésta podrá fijar un plazo inferior para el cumplimiento, cuanto lo dispuesto en el apartado anterior lo haga ineficaz o cause grave perjuicio».

30. Sobre el paso en nuestro derecho de un sistema de ejecución «administrativista» al actual, «judicialista», *vid.* PÉREZ GÓMEZ, J., *ob. cit.*, pp. 16-18.

31. Art. 109.1 LJCA: «La Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución y especialmente las siguientes: (...)». O, dicho de otra forma, la ejecución forzosa solamente termina «con la completa satisfacción del ejecutante (art. 570 LEC), cuando el mandato contenido en la sentencia se cumpla» (cf. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, vol. II, edit. Civitas, Madrid, 4ª ed. 2003, p. 1987).

Lo anterior no es una cuestión de matiz, sino sustantiva, y relevante para el tratamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en los procedimientos de ejecución forzosa. Éstos no suponen un nuevo debate sobre el fondo; pues éste ha sido resuelto de manera definitiva e irrevocable. Tampoco puede implicar un debate sobre la obligatoriedad de la decisión y sobre su ejecución; sino, en su caso, sobre cómo ha de procederse a esa ejecución. Por supuesto, en el marco de cada uno de los incidentes que se planteen sí podrán darse debates específicos. Así, por ejemplo, puede plantearse un incidente para que se declare, precisamente, la completa ejecución de la sentencia; y en el marco de ese incidente podrá debatirse sobre si esa ejecución se ha producido o no. Además, en caso de que se llegue a la conclusión de que sí se ha dado esa ejecución completa, ya no será posible abrir más incidentes en relación a la ejecución de la decisión; pero la resolución de cualquier otro incidente no implicará el fin del procedimiento de ejecución forzosa. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la ejecución completa de la sentencia no será posible en aquellos casos en los que la decisión implique una obligación continuada por parte de la administración. En relación con estos casos, será ontológicamente imposible cerrar la posibilidad de que se abran incidentes en relación a la ejecución de la sentencia; a salvo de lo que se dirá más adelante sobre la declaración de imposibilidad legal de ejecución.

Como se ha adelantado, esta perspectiva es relevante para el régimen de la cuestión de inconstitucionalidad. En el marco de la ejecución forzosa de las decisiones dictadas en el orden contencioso-administrativo, la cuestión de inconstitucionalidad se podrá presentar en cualquiera de los incidentes que se abran para conseguir la efectividad de la decisión; pero no con relación a la posibilidad misma de solicitar la ejecución forzosa de la sentencia. De esta forma comienza a aclararse la aparente contradicción entre el art. 35.3 de la LOTC y el art. 105.1 de la LICA. La imposibilidad de suspender el cumplimiento de una sentencia, que establece este último precepto, es compatible con la obligación de suspensión del procedimiento en el marco del cual se plantea una cuestión de inconstitucionalidad, porque, cuando estemos en un procedimiento de ejecución forzosa, lo que se suspenderá es el concreto incidente en el que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad, no el resto de incidentes que puedan estar abiertos y, desde luego, lo que no se suspende es la posibilidad de solicitar medidas para conseguir la efectividad de la sentencia que ya es firme y obligatoria.

En relación con esto último, hemos de tener en cuenta que, como se ha indicado; el Tribunal Constitucional ha admitido que, durante la pendencia del proceso por el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, puedan adoptarse medidas cautelares a fin de asegurar la efectividad del fallo. No puede ser que esté en mejor situación quien todavía no ha obtenido una sen-

tencia definitiva en el marco de un procedimiento en suspenso por el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad que quien ya ha obtenido una sentencia firme y obligatoria. Si en el primer caso el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad no impide la adopción de medidas cautelares, ¿cómo no van a poder adoptarse medidas orientadas al cumplimiento de una sentencia ya firme y obligatoria como consecuencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa? Volveremos sobre ello al hilo del análisis del procedimiento de ejecución forzosa de la STJC de 16 de diciembre de 2020.

3.2. Ejecución forzosa e imposibilidad de ejecución

Uno de los incidentes que pueden plantearse en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa es el de imposibilidad de ejecución, tanto material como legal. El art. 105.2 de la LJA lo regula, aunque limita su planteamiento a los dos meses que transcurren entre la notificación de la firmeza de la sentencia y el inicio de la posibilidad de solicitar la ejecución forzosa de la misma. Esta previsión temporal tiene sentido en relación a aquellos casos en los que la obligación que se deriva de la sentencia se agota en un solo acto (pago de una cantidad, anulación de una disposición...); dado que, teniendo en cuenta la obligatoriedad de la sentencia desde el momento de su firmeza, las circunstancias que pudieran producirse después de dicha firmeza no deberían afectar a su cumplimiento. Ahora bien, en las sentencias que obligan a la administración a la realización de una actividad continuada en el tiempo, no ha de ser imposible plantear el incidente de imposibilidad de ejecución una vez iniciado un procedimiento de ejecución forzosa; con lo que el incidente se convierte, así, en un intento de poner fin a dicha ejecución forzosa. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, incluso en aquellos casos en los que no se discute la obligación de ejecución, si ésta resulta fácticamente imposible y la ejecución aún no se ha producido, no quedará más remedio que ponerlo de manifiesto ante el órgano jurisdiccional³².

Esta imposibilidad de ejecución puede ser, como se ha dicho, material o legal. Además, el art. 105.3 de la LJA prevé la posibilidad de expropiar los derechos

32. *Vid.* LÓPEZ GIL, M., ob. cit., p. 90, quien mantiene que en el caso de circunstancias acaecidas después de la conclusión del plazo de dos meses que prevé el art. 105.2 LJA, la administración deberá comunicar la imposibilidad de inmediato, sin esperar a ese plazo de dos meses. De todas formas, existiendo una imposibilidad fáctica de ejecución, poco importa que se comunique de manera inmediata o no. En cualquier caso, ante el inevitable fracaso de las medidas de ejecución ordenadas, no quedaría más remedio que dictar otras que se ajustaran a la realidad existente. Cuestión distinta es que, como veremos, la previsión sobre la imposibilidad de ejecución se haya interpretado de una manera extensiva, que incluye casos no de auténtica imposibilidad. Lo examinaremos enseguida.

reconocidos en una sentencia firme en una serie de supuestos tasados; si bien, como en toda expropiación, deberá satisfacerse una indemnización. La expropiación, así como la indemnización que, en su caso, tuviera que satisfacerse, ser resolverán por medio de un incidente.

La imposibilidad de ejecución puede adoptar diferentes formas, tal y como se acaba de mostrar. Así, podría suceder, por ejemplo, que un bien que estuviera obligada la administración a retornar ya no existiera, con lo que materialmente resultaría imposible el cumplimiento de la sentencia y debería sustituirse dicho cumplimiento por una indemnización. Ahora bien, también puede suceder que materialmente resulte posible la ejecución de la decisión, pero ésta sea contraria a lo establecido en las normas vigentes en el momento de la ejecución. A esto se referiría la imposibilidad legal, que ha sido interpretada de forma amplia por la jurisprudencia, puesto que no solamente ha dado cobertura a los casos de contradicción entre la ejecución y el ordenamiento vigente en el momento de la misma; sino también a aquellos casos en los que lo que estaba prohibido por el derecho aplicado en la sentencia que ha de ejecutarse pasa a estar permitido por el derecho vigente en el momento de la ejecución, evitando así, por ejemplo, la demolición de obras que no cumplían con los requisitos urbanísticos en el momento en el que se realizaron, pero sí en el momento de la ejecución de la sentencia³³.

La imposibilidad legal se vinculará, habitualmente, a un cambio en la legislación aplicada en la sentencia que ha de ejecutarse. El procedimiento de ejecución forzosa no puede suponer una revisión de la sentencia ni un nuevo debate sobre el fondo. Si no ha habido cambios en el derecho aplicado por el órgano jurisdiccional que dictó la resolución cuyo cumplimiento se pretende, difícilmente puede surgir una imposibilidad legal de ejecución que no suponga una nueva valoración de lo que ya decidió el juzgador en su momento³⁴. Ahora bien, si se ha producido un cambio legislativo, podría resultar que aquello que estaba prohibido en el momento en el que se dictó la resolución, pase a estar permitido y, de manera correlativa; un derecho que existía de acuerdo con el ordenamiento aplicado en su momento por el juzgador, ya no exista en el momento de la ejecución. Este cambio legislativo, sin embargo, no debería

33. *Vid.*, por ejemplo, la STSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 24 de enero de 2019, ECLI:ES:TSJNA:2019:225; donde se consideró que existía imposibilidad legal de ejecución de una sentencia que exigía la demolición de una edificación por ser esta edificación ajustada a la legalidad vigente en el momento de ejecución; si bien matizó que no se estaba propiamente ante un supuesto de imposibilidad sino de desproporción; ya que a la demolición podría seguir la construcción de lo demolido.

34. La excepción sería aquella en la que existan terceros que, por el transcurso del tiempo, tengan un derecho sobre el bien objeto de la sentencia que impida la reivindicación de éste. Sobre esta posibilidad, *vid.* LÓPEZ GIL, M., *ob. cit.*, p. 89.

suponer de manera automática la imposibilidad legal de ejecución, tal y como veremos a continuación.

Efectivamente, si el cambio es posterior a la obligatoriedad de la sentencia, en principio no debería existir obstáculo para la ejecución, puesto que el derecho para quien se vea beneficiado por la decisión surge en ese momento. Cuestión distinta es que se trate de una sentencia que establezca una obligación continuada; puesto que en ese caso habrá que distinguir entre el período anterior al cambio legislativo y el posterior a éste. Mientras que respecto al primero no debería existir inconveniente en la ejecución; ésta no podría extenderse al momento posterior a la reforma legal que cambia la situación sobre la que se pronunció la sentencia. Visto desde esta perspectiva, casos como el que comentábamos un poco más arriba, el de la no demolición de una obra, ordenada por una sentencia de acuerdo con una normativa urbanística que no se encontraba en vigor en el momento de la ejecución de la decisión, pueden ser mejor entendidos: la reforma legislativa que convierte en legal la obra condenada a la demolición podría desplegar efectos a partir del momento en el que se dicta; de tal manera que permanecería la obligación, en su caso, de indemnizar por el tiempo en el que la obra suponía una infracción de dicha normativa; pero sin que quepa ya demolerla una vez que no supone infracción alguna.

De todas formas, hay que tener en cuenta también que la ejecución de la sentencia no puede ser suspendida por el planteamiento de un incidente de imposibilidad material o legal de ejecución. Tan solo la resolución de ese incidente en el sentido de que, efectivamente, la ejecución es imposible, podrían conducir a impedir medidas de ejecución, que deberían ser sustituidas por el pago de las indemnizaciones que correspondieran. De esta forma, nos podríamos encontrar con que mientras se tramita el incidente de imposibilidad de ejecución se adoptan medidas orientadas a dicha ejecución. No parece que pueda derivarse otra cosa del taxativo tenor del art. 105.1 de la LJCA; sin que la exigencia legal de que el incidente de imposibilidad material o legal de ejecución se plantee antes de que se inicie la posibilidad de solicitar la ejecución forzosa de la sentencia ayude a interpretar que el mero planteamiento de un incidente de imposibilidad material de ejecución, una vez iniciada la ejecución forzosa de la sentencia, pueda suponer la suspensión de dicha ejecución. La prevalencia de la ejecución sobre el incidente para la declaración de la imposibilidad de ejecución es coherente, además, con el derecho a la ejecución de las sentencias firmes, que es una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva que recoge el art. 24 de la Constitución³⁵ y del derecho del acceso a la justicia

35. Vid., por ejemplo, CACHÓN CADENAS, M., *La ejecución...*, ob. cit., 2ª ed., pp. 23-26; GONZÁLEZ PÉREZ, J., ob. cit., pp. 1947-1950 y 1980-1981. Sobre la vinculación entre derecho a la ejecución de las sentencias y Convenio Europeo de Derechos Humanos, vid., las sentencias del TEDH *Bardov c. Rusia* (nº 2), de 15 de enero

del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, esta prevalencia se ve confirmada por la previsión del art. 108.3 de la LJCA, que, en el caso de la demolición de edificios como consecuencia de la ejecución de decisiones judiciales, establece la necesidad de que se presten «garantías suficientes para responder al pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe»; un precepto que tan solo para una medida concreta de ejecución establece una cautela específica; pero sin que el establecimiento de dicha cautela suponga habilitar la posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución, tal y como ha establecido de manera clara la jurisprudencia³⁶.

De acuerdo con lo anterior, por tanto, aun siendo posible plantear un incidente de imposibilidad material o legal de ejecución una vez iniciado el procedimiento de ejecución forzosa, el planteamiento de este incidente no suspende la ejecución de la sentencia, que ha de continuar en tanto no se resuelva este incidente; estableciéndose tan solo cautelas específicas en el caso de que la medida a ejecutar sea la demolición de un edificio.

4. Planteamiento de la cuestión de constitucionalidad en el procedimiento de ejecución forzosa

4.1. Ejecución forzosa de la STSJC de 16 de diciembre de 2020

De lo que hemos visto en los epígrafes precedentes, resulta que la aparente contradicción entre el art. 35.3 de la LOTC y el art. 105.1 de la LJCA se resuelve si consideramos por separado cada uno de los incidentes que se plantean en un procedimiento de ejecución forzosa; de tal manera que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad suspenderá el incidente en el que se planteé; pero no necesariamente el resto de incidentes. Poner el acento en los diferentes incidentes permite también resolver el problema que se deriva de la proyección a la ejecución forzosa de lo previsto en el art. 35.2 de la LOTC, que solamente permite el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando el procedimiento ha concluido. Dado el carácter abierto del proceso de ejecución forzosa, en el que siempre es posible plantear un nuevo incidente en tanto no conste en autos la completa ejecución de la sentencia (art. 109.1 de la LJCA), la exigencia del art. 35.2 de la LOTC podría conducir a la imposibilidad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa; lo que no puede aceptarse, puesto que esta figura es

de 2009 (recurso núm. 33509/04), *Hornsby c. Grecia*, de 19 de marzo de 1997 (recurso 18357/91) y *Saffi c. Italia* de 28 de julio de 1999 (recurso núm. 22774/93).

36. *Vid.* STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 23 de octubre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:3414, esp. las referencias contenidas en el Fundamento de Derecho Quinto.

esencial para la forma en que se articulan en el derecho español las relaciones entre las normas de rango legal, la Constitución, los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional.

Las dificultades que han sido presentadas hasta ahora se han puesto de manifiesto recientemente en el marco del proceso de ejecución forzosa de la STSJ de 16 de diciembre de 2020³⁷; un proceso de ejecución forzosa que en el momento en el que se escriben estas líneas (agosto de 2024) permanece *de facto* suspendido como consecuencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad que sigue pendiente ante el Tribunal Constitucional.

La STSJ de 16 de diciembre de 2020 fue dictada como consecuencia de un recurso planteado en el año 2015 por el Ministerio de Educación contra la Generalitat de Catalunya en el que se solicitaba que el castellano fuera lengua vehicular en los centros educativos no universitarios sostenidos con fondos públicos. Tras cinco años de proceso, la sentencia declaró, por una parte, que, tras la prueba practicada, resultaba que la presencia del castellano en el sistema educativo en Cataluña era «residual», sin que la Generalitat hubiera podido acreditar que fuera utilizado como lengua vehicular, aparte de en la materia lengua y literatura castellanas; más en unas pocas asignaturas y centros. De manera generalizada, la única lengua docente era el catalán.

Ante esta constatación, el TSJC ordenó a la Generalitat que adoptara medidas que garantizaran que todos los alumnos recibían una educación en la que, al menos, un 25% de la docencia se impartía en cada una de las lenguas oficiales. La sentencia fue recurrida por la Generalitat, de manera que no adquirió firmeza más que cuando el recurso no fue admitido por el Tribunal Supremo, lo que sucedió en noviembre de 2021³⁸. Esta inadmisión, sin embargo, no convertía en formalmente obligatoria la sentencia, lo que no sucedió más que tras la notificación de dicha firmeza a la Generalitat, lo que se produjo el 25 de enero de 2022.

Desde el mismo momento en el que se conoció la inadmisión del recurso de casación presentado por la Generalitat, los responsables políticos de ésta manifestaron públicamente que no cumplirían la resolución. Estas manifestaciones se dieron inmediatamente después de conocerse tal inadmisión, en noviembre de 2021, tras saberse que el TSJC comunicaría la firmeza de la

37. *Vid. supra* n. núm. 6.

38. Para el detalle de la cronología y un análisis más extenso sobre el contenido de la sentencia, así como de las distintas actuaciones de la Generalitat, me remito a ARENAS GARCÍA, R., «El castellano como lengua vehicular en la escuela catalana tras la Sentencia del TSJC de 16 de diciembre de 2020», en *Europa y la diversidad lingüística*, Madrid, Grupo del Partido Popular Europeo, 2023, pp. 169-229.

resolución a la Generalitat e, incluso, tras el inicio de ejecución forzosa de la sentencia. Nos encontramos así con un ejemplo de negativa abierta a la ejecución que, como destacaba Jesús González Pérez, es extraordinariamente raro³⁹. El Ministerio de Educación, que había sido quien había presentado el recurso que concluyó con la sentencia de 16 de diciembre de 2020, también se negó a solicitar la ejecución de la sentencia; aunque sí lo hicieron, entre finales de mayo y abril, distintas asociaciones y familias, legitimadas a partir de lo previsto en el art. 104.2 de la LICA, que permite —como habíamos visto— que soliciten la ejecución forzosa no solamente las partes, sino también las personas afectadas. En relación a cada uno de los interesados admitidos al proceso de ejecución forzosa, se abrió una pieza separada, justificada, además, porque las medidas que solicitaban unos y otros para la ejecución de la sentencia no eran plenamente coincidentes. Como respuesta a las solicitudes de ejecución forzosa planteadas, y tras dar traslado de los escritos tanto a la Generalitat como al Ministerio de Educación, el TSJC dictó un Auto, de fecha 4 de mayo de 2022, en el que ordena al Consejero de Educación que dicte instrucciones «para que en el sistema educativo de Cataluña todos los alumnos reciban de manera efectiva e inmediata enseñanza mediante la utilización vehicular normas de las dos lenguas oficiales en los porcentajes que se determinen, pero que no podrán ser inferiores al 25% en uno y otro caso». El Auto concede un plazo de 15 días para dictar dichas instrucciones. Además, el Auto requiere a la Alta Inspección Educativa para que verifique el cumplimiento del Auto, debiendo la Alta Inspección informar al Tribunal de la actividad desplegada y de la situación constatada con relación al requerimiento del tribunal.

El plazo para dictar las instrucciones ordenadas concluía el 31 de mayo de 2022. El 30 de mayo, el gobierno de la Generalitat aprobó un decreto ley, el decreto ley 6/2022, que, entre otras cosas, prohibía fijar mediante porcentajes la presencia de las lenguas oficiales en el sistema educativo⁴⁰. Sobre la base de ese decreto-ley, el 31 de mayo de 2022, la Generalitat solicitó la declaración de la imposibilidad legal de ejecución de la sentencia. Unos días más tarde, y tras aprobarse la ley 8/2022⁴¹, amplió la solicitud de imposibilidad legal para incluir en ella también esta norma.

39. Cf. GONZÁLEZ PÉREZ, J., ob. cit., p. 1961: «La oposición abierta a cumplir los mandatos del Tribunal no suele darse en la realidad jurídico-administrativa. No sólo porque sería demasiado descarado en los Estados que quieren seguir llamándose Estado de Derecho, sino porque es un estilo que no va con el hombre político». El texto es de hace más de veinte años y, seguramente, el carácter de los políticos algo ha cambiado en ese tiempo.

40. Art. 2.d) del decreto ley.

41. Vid. *supra* n. núm. 5.

Tras la presentación del incidente solicitando la declaración de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia, el procedimiento de ejecución forzosa quedó, *de facto*, paralizado; sin que se respondieran más escritos de los presentados por las partes. Unas semanas más tarde, el 1 de julio, el TSJC, por medio de providencia, dio plazo a las partes personadas en la ejecución forzosa y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que estimaran conveniente sobre la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el decreto ley 6/2022 y la ley 8/2022. En la misma providencia, además, suspendió las piezas de ejecución abiertas. Mediante auto de 28 de julio, el TSJC plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación a esas normas de rango legal, cuestión de inconstitucionalidad que continúa pendiente en el momento de escribir estas líneas (agosto de 2024) ante el Tribunal Constitucional.

No entraré aquí ni en la cuestión de si, efectivamente, el decreto ley 6/2022 y la ley 8/2022 suponen la imposibilidad de ejecución de la sentencia de 16 de diciembre de 2020 ni en la de si ese decreto ley y esa ley son inconstitucionales; porque lo que aquí interesa es constatar en qué forma la alegación de la imposibilidad legal de ejecución como consecuencia de una reforma legislativa incide en el procedimiento de ejecución forzosa y de qué manera se ha de incardinar en éste el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Nos ocuparemos de ello en el siguiente apartado.

4.2. Cuestión de constitucionalidad, incidente de imposibilidad de ejecución y facultad de legislar

De acuerdo con lo que habíamos visto en el apartado III, el art. 35.2 de la LOTC no debería impedir el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad en un procedimiento de ejecución forzosa, pero teniendo en cuenta que cada uno de los incidentes que se abren en el mismo (o, si se quiere, cada una de las piezas separadas que lo componen) ha de tener un tratamiento diferenciado. El procedimiento de ejecución forzosa en sí no tiene final más que cuando se declara al completa ejecución de la sentencia; por lo que en un momento anterior a este no se dan las condiciones para el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad que afecte al conjunto de la ejecución. En cambio, sí que es posible el planteamiento cuando se haya completado la tramitación de una pieza separada y, antes de resolver sobre la misma, se hace necesario determinar la constitucionalidad de una ley.

En principio, el incidente en el que será más probable que se de esta circunstancia es el que se abre para conseguir la declaración de la imposibilidad legal de ejecución; ya que, como hemos visto, una modificación legislativa puede conducir a que lo que podría (y debería) ser ejecutado en su momento ya no

puede serlo de acuerdo con la nueva legislación. En el marco de ese incidente, el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma de rango legal podría ser necesario, encontrándonos, por tanto, con una situación perfectamente delimitada en la que el art. 35 de la LOTC puede operar sin problemas: tras haber pedido a las partes que se pronuncien sobre la imposibilidad legal alegada por la administración, si se llega a la conclusión de que esa imposibilidad existe y se deriva de una norma de rango legal que podría ser inconstitucional, se oye a las partes para que se pronuncien sobre el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad (art. 35.2 de la LOTC) y tras oírlas se plantea la cuestión, planteamiento de la cuestión que implica la suspensión de la tramitación del incidente en tanto no sea resuelto (art. 35.3 de la LOTC).

En el caso que nos ocupa, el TSJC no siguió este esquema. Sí que se dio traslado a las partes de la solicitud de declaración de imposibilidad legal para que se pronunciaran sobre ésta; pero, tras escuchar a las partes sobre este extremo, en la providencia de 4 de julio en la que se da trámite a las partes para que se pronuncien sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se procede ya a suspender no solamente la pieza separada sobre la imposibilidad legal de ejecución (la pieza 19/22 del recurso 168/15), sino también todo el resto de piezas abiertas para la ejecución forzosa, produciéndose así una paralización efectiva del procedimiento de ejecución forzosa.

Esta paralización no solamente de la pieza en la que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad (la 19/22; esto es, la que se ocupa de la petición de declaración de imposibilidad legal de ejecución); sino del resto de piezas abiertas para la ejecución forzosa de la sentencia no es —a mi juicio— correcta. En primer lugar, porque la suspensión del procedimiento no se produce, de acuerdo con lo establecido en la LOTC, con la providencia en la que se da audiencia a las partes para que se pronuncien sobre la conveniencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sino con el planteamiento de esta cuestión. El art. 35 de la LOTC es claro en este punto: es el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y no el aviso de que se podría plantear, lo que suspende el procedimiento.

Aparte de esto, tal y como se había avanzado, no es correcto que la suspensión afecte a piezas que no han sido totalmente tramitadas. Tal y como se había detallado en el epígrafe II, la cuestión de constitucionalidad solamente puede plantearse «una vez concluso el procedimiento»; y en este sentido, el incidente de imposibilidad legal de ejecución puede entenderse como concluso, tan solo pendiente de la decisión final; pero el resto de las piezas de ejecución no están ni mucho menos conclusas; puesto que, incluso si se llegara a declarar la imposibilidad legal de ejecución, aún habría que resolver si es posible una ejecución alternativa o si es necesario ordenar algún tipo de indemnización. Es decir, el

art. 35 de la LOTC no ampara la suspensión de las piezas de ejecución diferentes de aquella en la que ha de resolverse sobre la imposibilidad legal de ejecución. Y sin esta base legal, ha de operar la previsión del art. 105.1 de la LJCA, que no permite suspender el cumplimiento del fallo; lo que impide, también, la suspensión del procedimiento de ejecución⁴². Ciertamente, si se declara la imposibilidad legal de ejecución, el procedimiento de ejecución forzosa deberá tener en cuenta dicha declaración; pero será esa conclusión del incidente sobre la imposibilidad legal de ejecución el que modificará la ejecución, sin que resulte posible que el mero planteamiento del incidente suponga la paralización de la ejecución.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, eso es lo que ha sucedido; la alegación de la imposibilidad legal, antes de ser resuelta, ha supuesto la paralización de la ejecución forzosa. Este resultado deriva, en parte, de que en el propio Auto en el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad se asume de manera cerrada la imposibilidad legal de ejecución como consecuencia del decreto ley 6/2022 y de la ley 8/2022; lo que, de nuevo, a mi juicio, no es correcto. Obviamente, el juzgador, en el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad ha de determinar la incidencia que la norma o normas objeto de la cuestión tendrían en la resolución del caso. El juicio de relevancia es esencial para poder elevar al Tribunal Constitucional la cuestión⁴³; pero este juicio de relevancia no puede confundirse con la resolución del incidente sobre la imposibilidad legal de ejecución. En tanto esta resolución no se produzca (y no podrá hacerse antes de que se pronuncie el Tribunal Constitucional), no existe declaración de tal imposibilidad y la alegación de la administración, por sí sola, no puede paralizar la ejecución. Esto es, la suspensión del incidente de declaración de la imposibilidad legal de ejecución no puede perjudicar a la ejecución misma de la sentencia, sino, en su caso, a la administración que pretende evitar dicha ejecución. Soy consciente de que la opinión publicada en la prensa en su momento, tras conocerse la intención de la Generalitat de paralizar la ejecución de la sentencia de 16 de diciembre de 2020 mediante el decreto ley 6/2022 y la ley 8/2022, es la contraria; pero esa paralización solamente sería posible si asumiéramos que la alegación de una imposibilidad legal de ejecución paraliza el procedimiento de ejecución; en contra de lo que prevé el art. 105.1 de la LJCA y de lo que resulta del art. 35 de la LOTC.

Quizás parte de la confusión se derive del hecho de que el art. 163 de la Constitución establece que el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad

42. Vid. STS de 23 de octubre de 2019 (*supra* n. núm. 35), Fdo. de Dcho. Quinto, con cita de la STS de 21 de septiembre de 2017, recurso de casación 477/2016: «Es decir, el legislador no ha modificado el art. 105.1 LJCA cuya prohibición de suspender sigue vigente sin matiz alguno».

43. Vid. MEDINA GUERRERO, M., ob. cit., pp. 530-531.

no tendrá efectos suspensivos. Desde este punto de vista, resultaría que el órgano jurisdiccional que está conociendo del procedimiento de ejecución forzosa no podría adoptar una decisión que fuera contraria a lo establecido en una norma de rango legal; incluso aunque piense que es inconstitucional, en tanto no se pronuncie el Tribunal Constitucional sobre el asunto. De esta forma, aquellas medidas orientadas a la ejecución de la sentencia que no fueran compatibles con la nueva legislación deberían ser descartadas.

En este punto, creo que es necesario diferenciar los procedimientos de ejecución forzosa de los declarativos. En los primeros no se resuelve un conflicto; sino que se trata de convertir en efectivo lo que se ha establecido en la sentencia⁴⁴. Ni se vuelve a debatir el fondo ni puede convertirse en un procedimiento de revisión de la sentencia ya dictada. Es decir, no se trata, en el proceso de ejecución, de determinar si con la normativa vigente en el momento de la ejecución se hubiera dictado la resolución que se trata de ejecutar u otra diferente. Para apreciar esta diferencia de perspectiva, tenemos que considerar cuál sería la situación si, como resultaba obligado, se hubiera ejecutado la sentencia en sus propios términos, bien sin necesidad de acudir al proceso de ejecución forzosa, bien atendiendo al requerimiento que hubiera hecho el órgano jurisdiccional según las medidas acordadas antes del cambio normativo.

De haber sucedido lo anterior, que es lo obligado de acuerdo con principios básicos del ordenamiento, como el de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución), tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) y sometimiento de la administración pública a la ley y al Derecho (art. 103 de la Constitución); una modificación legislativa, por sí sola, no podría implicar dejar de aplicar las medidas ordenadas por una decisión judicial. Hubiera resultado indispensable un incidente de ejecución de sentencia, planteado por la administración, en la que se permitiera el levantamiento de dichas medidas sobre la base de la nueva regulación. En tanto no se resolviera ese incidente, las medidas deberían seguir aplicándose, pese al cambio legislativo, que despliega efectos desde el momento de su vigencia; pero que precisa de una declaración judicial para poder ser efectivo respecto a medidas judiciales ya adoptadas.

Así pues, en una situación «no patológica»; esto es, en aquella en la que la administración acata con lealtad el cumplimiento de las decisiones judiciales, una modificación legislativa precisaría una decisión judicial para modificar las medidas de ejecución ya adoptadas; en los casos en los que el procedimiento de ejecución forzosa ya se ha iniciado; pero en el que las medidas ordenadas

44. *Vid.* PÉREZ GÓMEZ, J., *ob. cit.*, p. 11.

aún no han sido cumplidas; no hay razón para, mientras se tramita el incidente de imposibilidad legal de ejecución, continuar con la adopción de las medidas que pretenden dar cumplimiento a lo establecido en la sentencia, sin pretender una revisión de la misma que resultaría extemporánea y es completamente ajena al procedimiento de ejecución forzosa. No podemos perder de vista tampoco que, por una parte, ciertos incidentes que se tramitan como supuestos de imposibilidad legal de ejecución no son, en realidad, casos auténticos de imposibilidad, sino, tal y como habíamos visto, de desproporción en la ejecución (demolición de una edificación que es legal de acuerdo con la normativa urbanística en vigor en el momento de la ejecución) y, por otra parte, que en el proceso de ejecución pueden adoptarse medidas de diferente naturaleza (indemnizatorias, por ejemplo, en relación a lo que no haya podido ser ejecutado), sobre las que no necesariamente se proyecta la legislación que pueda hacer imposible (o desproporcionada) la ejecución de la sentencia en sus propios términos⁴⁵.

Es en este punto en el que debe prestarse especial atención a la distinción, que adelantábamos en el epígrafe III, entre decisiones que se agotan en un acto concreto y otras que exigen una actividad continuada. Cuando nos encontramos ante estas segundas, es obvio que la decisión judicial no puede suponer una paralización de la actividad legislativa; sino que resulta posible la modificación de la normativa aplicada en la sentencia, de tal forma que, tras la modificación, las medidas de ejecución deberán ajustarse a la nueva legislación o, incluso, declararse la imposibilidad legal de ejecución; pero tanto una cosa como la otra precisa ser resuelta por medio de un incidente que no paraliza la ejecución; y si el incidente se ve suspendido a la espera de una resolución del Tribunal Constitucional, cuando se plantea una cuestión de inconstitucionalidad, el perjudicado por dicha suspensión no es (no debería ser) quien ha visto su derecho reconocido en la sentencia que se intenta ejecutar; sino la administración que, en su momento, no quiso ejecutar la sentencia a cuyo cumplimiento estaba obligada.

5. Conclusión

Las particularidades del procedimiento de ejecución forzosa en el orden contencioso-administrativo no tienen un encaje sencillo con la regulación del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. La exigencia de que la cuestión se plantee solamente cuando el proceso está concluido no tiene un fácil acomodo en los procedimientos de ejecución forzosa. Además, la imposibili-

45. *Vid. supra* epígrafe III.2.

dad de suspender la ejecución (art. 105.1 de la LICA) parece no corresponderse con la suspensión que se deriva, en los casos de planteamiento de cuestión de constitucionalidad, del art. 35.3 de la LOTC.

La solución para resolver estas aparentes antinomias es considerar el proceso de ejecución forzosa como una serie de incidentes en el que cada uno de estos puede ser suspendido por el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad; pero en el que esta suspensión no afecta al procedimiento de ejecución forzosa en sí. En el caso de que la cuestión se plantee tras la alegación por la administración de una imposibilidad legal sobrevenida de ejecución; la suspensión del incidente en el que debería declararse esa imposibilidad no debería impedir la continuación del procedimiento de ejecución forzosa; puesto que solamente la decisión que se adopte en tal incidente podrá desplegar efectos en el resto de piezas abiertas en un procedimiento de ejecución forzosa, sin que sea admisible que la mera alegación de la imposibilidad pueda tener efectos suspensivos en el procedimiento de ejecución forzosa.

El análisis de estos problemas ha de hacerse tomando como referencia la actuación diligente de la administración en la ejecución de las decisiones judiciales, y no la patológica que se concreta en la renuencia o, incluso, en el rechazo abierto a cumplir las decisiones judiciales que sean obligatorias. Desde la primera perspectiva se aprecia con claridad lo que se acaba de exponer: la suspensión, como consecuencia del planteamiento de una cuestión de constitucionalidad, del incidente que resuelve la petición de declaración de imposibilidad legal de ejecución, ha de perjudicar a la administración que en su momento se negó a ejecutar una sentencia obligatoria, no a quienes han visto sus derechos reconocidos en una sentencia firme.

6. Bibliografía

- ARENAS GARCÍA, R., «El castellano como lengua vehicular en la escuela catalana tras la Sentencia del TSJC de 16 de diciembre de 2020», en *Europa y la diversidad lingüística*, Madrid, Grupo del Partido Popular Europeo, 2023, pp. 169-229.
- CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 1991.
- CACHÓN CADENAS, M.J., *Ejecución procesal civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2º ed. 2018.
- FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, edit. Cedecs, Barcelona, 2003.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, vol. II, edit. Civitas, Madrid, 4ª ed. 2003.

- LÓPEZ GIL, M., *Avances en la ejecución de sentencias contra la administración*, edit. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- MEDINA GUERRERO, M., «Artículo 35», en REQUEJO PAGÉS, J.L (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, 2001, pp. 511-531.
- PÉREZ GÓMEZ, J., *La ejecución de resoluciones judiciales en litigios frente a las Administraciones Públicas*, edit. CEMCI, Granada, 2003.
- PUNSET BLANCO, R., «Tribunal Constitucional y órganos jurisdiccionales en la tutela de la supremacía de la Constitución. Una perspectiva general», *Revista Jurídica de Asturias*, 1995, núm. 19, pp. 21-44.
- RIBAS MAURA, A., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991.
- SOSPEDRA NAVAS, F.J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, edit. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

IV | Proceso de ejecución civil y algoritmos¹

Silvia Barona Vilar
Catedrática de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. DE UNA SOCIEDAD ALGORITMIZADA A UNA TECNOJUSTICIA DIGITAL Y ALGORÍTMICA. 2. AVANCES EN TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA Y ALGORITMIZACIÓN EN LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. REFLEXIONES DE PARTIDA. 3. TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA, AUTOMATIZACIÓN Y ALGORITMIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN CIVIL. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción. De una sociedad algoritmizada a una tecnojusticia digital y algorítmica

Desde mediados del Siglo xx las máquinas, mal denominadas inteligentes², nos han acompañado de una u otra forma. En un primer estadio la tecnología irrumpió de la mano de la revolución digital 3.0., un fenómeno desencadenado por el movimiento de informatización de la sociedad, iniciado en los años sesenta, impulsor de la idea de que las máquinas de cálculo estaban dotadas de una enorme proyección de eficacia, que traería enormes beneficios al desarrollo económico y facilitaría la vida de las personas. Se nucleó sobre el internet, una especie de «bien global» de la sociedad, un instrumento que se presentaba

1. Realizado en el marco del Proyecto CIPROM 2023-64 GVA (Justicia sostenible en estado de mudanza global»).

2. Pese a la denominación, los sistemas de inteligencia artificial no son en absoluto inteligentes, no son máquinas pensantes, sino que pueden producir resultados útiles sin inteligencia (SURDEN, H., «Artificial Intelligence and Law: An Overview», *Georgia State University Law Review*, Vol. 35, Issue 1, 2019, p. 1308). A través de esta actuación computacional las máquinas emulan las funciones cognitivas de las mentes humanas, cada vez más perfeccionados y sutiles, alimentado con grandes cantidades de *conjuntos de datos que ninguno de nosotros es capaz de abarcar. Debido a la potencia de los ordenadores actuales, la codificación y descodificación de estos datos es más rápida que cuando la hacemos los humanos. La razón evidente para que esto sea así es que no somos ordenadores*, como bien expone GABRIEL, M., *El sentido del pensamiento*, Barcelona, Pasado&Presente, 2 ed., 2020, p. 235. En todo caso, no debe olvidarse que es algo creado deliberadamente por el ser vivo.

como esencial para garantizar una sociedad acomodada, eficiente y ágil. Se convirtió en muy poco tiempo en un mantra social, en una *doxa*, que propulsó una mirada acrítica de la revolución digital, y, con ella, el desarrollo exponencial de la digitalización integral del mundo³, imprescindible compañera de viaje de la sociedad, mudando nuestro paisaje esféricamente, y propulsando la transformación del exhausto modelo revolucionario de contrato social —que ha servido durante tanto tiempo para conformar no solo el modelo de sociedad, sino, muy especialmente, el modelo de Estado— en un contrato social algorítmico.

Con un paulatino cambio en la organización y gestión profesional, científica, económica, productiva, etc, fueron emergiendo nuevas fuentes de energía, también alcanzando al mundo jurídico⁴. Ese retrato de la sociedad en movimiento, en completo estado de mudanza⁵, favorece la sociedad de consumo, el pensamiento acrítico, bajo control y una liquidez⁶ global de la vida, las sociedades, la cultura, la educación y en cierta medida también de la Justicia. Se introduce la generalización de la calculabilidad y la sistematización de la política de indicadores, gracias a los datos contables, que tiene trascendencia en todos los ámbitos de la vida humana y social⁷.

Poco a poco surgió la cuarta revolución industrial, o Industria 4.0., que combina la computación y desarrollos de la tecnología con los avances científicos, generando una nueva etapa de industrialización con digitalización, conectividad, automatización, robotización e inteligencia artificial. En sus inicios, el 4.0. respondía a una implementación de un *modus operandi* empresarial. Se hablaba de Ciberindustria, *Smart Factory* o *Smart Industry* o, en suma, «internet industrial», aun cuando poco a poco se fue expandiendo a otros sectores y ámbitos de la vida, convirtiéndose en una suerte de *modus vivendi*, transportando maneras del *homo economicus* a la cotidianeidad o, en palabras de Norbert WIENER, pasando del *Mensch* al *Menschmaschine*⁸ y emergiendo, como apunta

3. SADIN, E., *La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical*, Buenos Aires, Caja Negra, 2020, pp. 21-22.

4. BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y de la justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 55-56.

5. BARONA VILAR, S., «Una justicia «digital» y «algorítmica» para una sociedad en estado de mudanza», en la obra colectiva S. BARONA VILAR, *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 21 a 64.

6. BAUMAN, Z., *Vida líquida*, Barcelona, Ed. Paidós, 2013, p. 109.

7. CARDON, D., *Con qué sueñan los algoritmos: Nuestras vidas en el tiempo del Big Data*, Dado ediciones, 2018, p. 15.

8. WIENER, N., *Mensch und Menschmaschine*, Frankfurt, Alfred Metzner Verlag, 1952, 4º ed., quien planteó, avezado en su momento, la gran influencia que la aplicación del proceso de producción gestado en la primera

MARTÍNEZ OJEDA, un nuevo fenotipo antropológico denominado *Homo digitalis*⁹. El hombre digital, como señala Byung-Chul HAN, *digita en el sentido de que cuenta y calcula constantemente*¹⁰. Su expansión volcánica y la interconexión mundial inciden, no solo en el sector económico y de los negocios, sino en la sociedad en general y en las personas en particular, con un impacto transfronterizo sin delimitación territorial jamás visto¹¹. Es el momento de la «vida con máquina inteligente», con una absoluta dependencia del ser humano por la máquina, con todo lo que de positivo y negativo¹² pueda esto implicar, desplazando al ser humano por la inteligencia artificial y por los algoritmos y propulsando no solo la creación de nuevos productos, sino también una nueva actitud hacia ellos¹³. La tecnología disruptiva y en especial la inteligencia artificial ofrece creatividad de las ideas en el mundo digital. Esto genera, por un lado, inquietudes, tensiones y emociones, en todas las áreas, la tecnología, la sociología, la cultura, la ética y el derecho; inquietudes y cuestiones que requieren respuestas y muy especialmente límites, porque todo no vale. Por otro, produce fascinación ante lo desconocido, hacia nuevas miradas vitales y de nuevas interacciones¹⁴. El mundo de las ideas y la creatividad en el mundo presencial ha ido dando paso progresivamente al mundo de las ideas y la creatividad virtual, enlazando indiscutiblemente con la era de la inteligencia artificial. Se ha consumado el milagro de la *interconexión integral que vincula virtualmente todo ser, cosa y lugar, inscribiendo la «dinámica electrónica» como un estrato indisoluble de la existencia que la «envuelve» en casi toda circunstancia*¹⁵.

Y todo ello abrigado por la teoría de la «aceleración», tanto aceleración tecnológica como aceleración del ritmo de vida (social) como la aceleración cultural, bajo el deseo sentido de «hacer más cosas en menos tiempo»¹⁶, provocando lo

y segunda revolución industrial traería consigo a la Humanidad, y quien suscitó las bondades y maldades que las máquinas pueden aportar a la Humanidad. Especialmente, pp. 150-194.

9. MARTÍNEZ OJEDA, B., *Homo digitalis: etnografía de la cibercultura*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2006. También puede verse en LASSALLE RUIZ, J.M., *Ciberleviatán. El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Barcelona, Ed Arpa, 2019, p. 42.

10. HAN, B-Chul, *En el enjambre*, Barcelona, Herder, 2020, p. 60.

11. SCHWAB, K., *La cuarta revolución Industrial*, Barcelona, Ed. Debate, 4 ed., 2018, p. 15.

12. CROMPTON, R., *Woman and Work in Modern Britain*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 31-35, expone cómo evidentemente esto está generando una reestructuración del Mercado laboral, desplazando a la persona como eje del universo por la máquina, como centro nuclear del mismo.

13. GABRIEL, M., *El sentido del pensamiento*, cit., p. 145.

14. ROSSBERGER, R., «Digitale Transformation: Kultur, Strategie und Technologie», en la obra *Gestaltung und Management der digitalen Transformation. Ökonomische, kulturelle, gesellschaftliche und technologische Perspektiven*, editada por FÜRST, R.A., Wiesbaden, 2019, pp. 20-23.

15. SADIN, E., *La humanidad aumentada. La administración digital del mundo*, Buenos Aires, Ed Caja Negra, 2017, p. 28.

16. Frente a esta teoría de la aceleración en su triple dimensión, tecnológica, social y cultural, se muestra ROSA, H., *Alienación y aceleración. Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía*, Madrid, Katz, 2016,

que LÜBBE denomina como la «contracción del presente», como consecuencia de la velocidad acelerada de la innovación cultural y social¹⁷. Todo ello prototípico de la *sociedad algorítmica* seductora, protectora, que ha arrastrado una disruptiva transformación social, más allá de lo aparente¹⁸. La sociedad algorítmica ofrece la sustitución de la tarea de decidir en libertad, fomentando el «no-pensamiento», el *status* de servidumbre maquínica (Hovart dixit¹⁹ o Markus Gabriel²⁰) o de enjambre digital (al que se refiere Byung Chun-Han²¹), esa fábrica del hombre endeudado a que se refiere Maurizio Lazzarato²², que siliconiza el mundo (Eric Sadin²³) y nos muestra una humanidad en franca retirada (Lasalle²⁴), entre otros. Ese es el gran dilema de la sociedad actual: la dejación del pensamiento, y el camino hacia la obsolescencia del pensamiento humano.

Llenamos nuestras vidas de artefactos, herramientas, softwares, robots, máquinas inteligentes (con mayor o menor grado de intervención humana), cambiando nuestra manera de pensar, de ser y nuestra sociedad. Vivir fuera de este mundo algorítmico nos resulta impensable, tanto a título personal como en lo social o colectivo, con proliferación de artefactos en todos los sectores, en la economía, el sector sanitario, el control o vigilancia²⁵, el sector inmobiliario, etc..

Ese mantra tecnológico se convierte en el sustento de quienes abogan por la teoría social «posthumanista», asumiendo la interacción e intervención de la humanidad con quienes no lo son²⁶. Hemos pasado en muy poco tiempo de una transformación digital que se nucleó en torno al modelo de «acceso» a los datos que circulaban por internet, a otro en el que la inteligencia artificial, a

17. LÜBBE, H., «The Contraction of the Present», en ROSA, H., y SCHEUERMAN, W., *High-Speed Society. Social Acceleration, Power and Modernity*, Pennsylvania, Pennsylvania State University, pp. 159-178.

18. BARONA VILAR, S. «La seductora algoritmización de la Justicia. Hacia una Justicia posthumanista (Justicia+) ¿utópica o distópica?», *El Cronista*, n. 100 (*Inteligencia Artificial y Derecho*), 2022.

19. HOVART, S., *Poesía del futuro*, Barcelona, Paidós, 2020.

20. GABRIEL, M., *El sentido del pensamiento*, cit..

21. HAN, B-Ch., *En el enjambre*, Barcelona, cit., pág. 26.

22. LAZZARATTO, M., *La fábrica del hombre endeudado: Ensayo sobre la condición neoliberal*, Emorrortu Editores, 2013.

23. SADIN, E., *La humanidad aumentada*, cit., 2017.

24. LASALLE, J.M., *Ciberleviatán*, cit., p. 50.

25. Asistimos a una verdadera saturación de dispositivos de vigilancia, ofreciendo una protección aparentemente inigualable a cualquier época o generación anterior, si bien, como apunta BAUMAN, Z., (con LYON, D.), *Vigilancia líquida*, Austral, Barcelona, 2013, pp. 112-113, «ninguna generación anterior, o pre-electrónica, experimentó como la nuestra esa sensación cotidiana de inseguridad a todas horas».

26. PICKERING, A., «Practice and posthumanism: social theory and a history of agency», en SCHATZKI, T.R./KNORR CETINA, K.K./VON SAVIGNY, E., *The practice turn in contemporary theory*, London, Ed. Routledge, 2001, p. 173.

través de los sistemas computacionales, comienza a *controlar una parte significativa de nuestras decisiones*, de manera que ineludiblemente nos encontramos en un periodo de la historia en la que *el humanismo está en retirada porque la tecnología ha dejado de ser instrumental para ser inmersiva en la experiencia de lo humano*²⁷. Esa mirada posthumanista ha sometido a una gran presión al contrato social existente. Concorre el sentimiento de que el Estado no protege a la ciudadanía y, en cambio, se aplaude la ráfaga tecnológica, el mantra digital y la función tuitiva que se cree se despliega por el sector privado, por las oligarquías empresariales tecnológicas que mueven el mundo, lo controlan, lo manipulan y lo distorsionan también, favoreciendo un mundo de islas²⁸. Nuevas nociones, nuevos retos, nuevos actores. No irrumpió de la nada, sino en una conexión interrelacionada con el pensamiento, la ciencia, la lingüística, la tecnología y un buen ramillete de áreas del saber que, desde el pasado, fueron tejiendo un presente que responderá ante un futuro²⁹, y ello por cuanto, *aunque el pasado sea algo donde ya no impere la posibilidad, son posibles, sin embargo, nuestras formas de interpretación de ese pasado*³⁰.

La dataización de la vida, de la sociedad que nos acompaña, se ha convertido en una realidad indiscutible, alcanzando progresivamente también, como hemos apuntado *supra*, a la Justicia. De hecho, los retos y los riesgos son enormes y el panorama que se presenta es complejo. Asistimos a una cada vez mayor «hibridación» de la Justicia: las máquinas y los humanos interaccionan, los algoritmos asisten a los operadores jurídicos, se crean sistemas complementarios de las decisiones de jueces, fiscales, abogados, notarios, etc., y se avizora el camino imparable hacia la sustitución progresiva del ser humano en la Justicia por las máquinas, por los robots. El dilema de la Justicia está presente: eficiencia versus garantías. Hay que tratar de garantizar una justicia eficiente, para ser verdadera justicia, pero sin que ello comporte desequilibrios, desigualdades, brecha digital, aminoración de garantías, o la conversión de la Justicia en el frío dato estadístico-matemático, que pervierta el modelo de Justicia humano; un modelo con falencias —el humano— pero que ha venido construyéndose desde el respeto a los derechos y garantías.

Es el momento de aportar en esa construcción de la tecno-Justicia en la que nos encontramos, aprovechando sus beneficios, si bien defendiendo el mantenimiento de las conquistas irrenunciables de garantías y derechos. En ese ca-

27. LASSALLE RUIZ, J.M., *Ciberleviatán*, cit., p. 50.

28. Esa visión ha sido rebatida de forma magistral por ORDINE, N., *Los hombres no son islas. Los clásicos nos ayudan a vivir*, Barcelona, Acanilado, 2022, libro que comienza con la frase de John Donne «ningún hombre es una isla ni se basta a sí mismo; todo hombre es una parte del continente, una parte del océano».

29. HORVART, S., *Poesía del futuro*, cit., p. 41.

30. LLEDÓ IÑIGO, E., *El silencio de la escritura*, Austral, Barcelona, 2011, p. 23.

mino se ubica la aprobación del RD-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, que, integrando el proyecto de ley de eficiencia digital junto con una batería de medidas incorporadas al proyecto de ley de eficiencia procesal, tiene como objetivo transformar el servicio público de Justicia para hacerlo más accesible, eficiente y contribuir al esfuerzo común de cohesión y sostenibilidad, propulsando una modernización de la Justicia con nuevos instrumentos y herramientas tecnológicas. Algunas de ellas, de forma asimétrica y no integral, habían sido incorporadas (en ciertos casos sin desarrollo) por las reformas procesales, especialmente la LEC y también la LOPJ, si bien carecían de eficacia a los efectos que se pretenden con esta norma.

2. Los avances en tramitación electrónica y algoritmización de la tutela judicial efectiva. Reflexiones de partida

Cuando se habla del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) no solo se garantiza el acceso a la justicia y la tutela declarativa sin que se produzca indefensión, sino que se hace igualmente extensivo al derecho a la efectividad de la resolución que se dicte. Esto supone, en consecuencia, que las sentencias deben ejecutarse, y deben hacerlo respetando la intangibilidad y firmeza de las situaciones jurídicas comprendidas en ella, con el debido respeto a quienes se hallan directamente imbricados, amén de hacerlo en tiempo razonable. Dos componentes que no siempre caminan paralelos y se alcanzan simultáneamente.

Para garantizarlos se diseña un modelo de ejecución en el que se regula legalmente y de forma diferenciada respecto del proceso de declaración, la manera de accionar la pretensión ejecutiva, además de conformar un instrumento específico, el proceso de ejecución, y unos órganos adecuados para el ejercicio de la función, dirigido por el órgano jurisdiccional, de ahí que se afirme que la función ejecutiva forma parte del «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» a que se refiere el art. 117.3 CE³¹, sin perjuicio de las atribuciones de materialización de la ejecución a otros órganos.

El punto de partida se asienta en el marco constitucional, desde el que se configura, en el derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 24 CE, el derecho a que el fallo incluido en la sentencia se cumpla y, además, en la forma en que

31. El TC español se vino pronunciando desde sus inicios en torno a que el derecho a obtener la ejecución de las resoluciones judiciales firmes es elemento integrador del derecho a la tutela judicial efectiva. Un análisis de esta consolidada jurisprudencia puede verse en CACHÓN CADENAS, M., *La ejecución procesal civil*, Barcelona, Atelier, 2ª ed., 2018, pp. 23-24.

está prevista³². Y, por su parte, es indiscutible que la existencia de un marco normativo adecuado permite que la ejecución controlada por jueces humanos responda a unas garantías establecidas legalmente. Ello no es óbice a las posibles discrepancias que naturalmente surgirán en el seno de la ejecución.

Cuestión diversa es que esta tutela efectiva se realice en un tiempo razonable³³, fruto en muchas ocasiones del *modus operandi* procesal que se sigue. Este es un componente que incide en el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto una ejecución que se dilata en el tiempo comporta una vulneración del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, lo que supone una ruptura del equilibrio de derechos, obligando necesariamente a efectuar una ponderación adecuada entre ellos. El TC se ha pronunciado en diversas ocasiones, y en relación con los diversos órdenes jurisdiccionales, acerca de este necesario equilibrio, dado que si se adoptan medidas de ejecución con una tardanza excesiva e irrazonable puede considerarse lesionado el derecho al proceso sin dilaciones indebidas, si bien si se adoptan estas medidas que no son eficaces para asegurar la ejecución o que, aun siendo en principio adecuadas, quedan privadas de eficacia por no ir seguidas de las destinadas a cumplimentarlas, no cabrá hablar de tutela efectiva (STC 26/1983, 14 de abril de 1983, TOL79.193).

En este complejo equilibrio desde el que debe actuarse en ejecución de sentencias emerge el mundo tecnológico y su volcánica expansión a lo algorítmico y se presentan algunas modalidades tecnológicas que podrían colaborar en la búsqueda de una mejora del modelo de ejecución de sentencias, especialmente ofreciendo apoyo para paliar la demora procesal que se produce en el proceso de ejecución, sabedores, en todo caso, de que la dilación de la ejecución puede producirse en ocasiones por causas extraprocesales, si bien en otros, son causas de naturaleza procesal, fruto de la regulación o de la interpretación de las normas, que no hacen sino retrasar u obstaculizar la eficacia de la ejecución³⁴, o bien no se cuenta con los instrumentos adecuados para el impulso de los trámites de ejecución.

En este contexto, también concurren voces que abogan por la incorporación de herramientas algorítmicas, e incluso, en ciertos casos, de una suerte de inteligencia artificial *soft*, que puede brindar una colaboración estrecha en sede

32. PLANCHADELL GARGALLO, A., «Ejecución forzosa. Conceptos generales y título ejecutivo», en *Proceso Civil. Derecho Procesal II.*, (con GÓMEZ COLOMER; BARONA VILAR; ESPARZA LEIBA; ETXEBERRÍA GURIDI; MARTÍNEZ GARCÍA), Valencia, Tirant lo Blanch, 3ª ed., 2023, pp. 449 y 450.

33. BARONA VILAR, S., *Algoritmización del derecho y de la Justicia...*, cit., p. 664.

34. En materia procesal civil puede verse una reflexión en torno a la afectación de estas causas en el derecho a la tutela judicial efectiva en RUIZ DE LA FUENTE, M.C., «El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes», en *La ejecución civil: problemas actuales*, (ed CACHÓN CÁRDENAS, M. y PICÓ JUNOY, J.), Barcelona, Atelier, 2008, pp. 21-22.

de proceso de ejecución, abrigando esperanzas en torno a la mejora del sistema de ejecución procesal, que presenta una complejidad diversa del proceso de declaración y responde a una coyuntura heteróclita que requiere de medios adecuados para su efectividad, lo que conlleva una adaptación a los tiempos que vivimos, en los que la tecnología acompaña la vida, las relaciones humanas y condiciona los comportamientos de las sociedades. Si en el proceso de declaración, civil y penal, se han aceptado, con mayores o menores reticencias, herramientas que agilizan, favorecen la tramitación, además de asesorar o colaborar a y con los operadores jurídico-procesales, hay que extender esa viabilidad algorítmica, adaptada a su función, características y garantías, a la ejecución.

Naturalmente, no todo vale en aras de la celeridad y eficiencia, como objetivos referentes de la sociedad actual, sino que hay que incorporar, previa viabilidad tecnológica (control *ex ante*) y adecuación de las normas que las integran (lo que supone incorporación normativa que permita esta integración instrumental), amén de controles de auditoria *ex post* de usabilidad, que estas herramientas mejoran la calidad de la ejecución, no solo sus tiempos, y que permiten garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva constitucionalmente reconocido, lo que supone la satisfacción de las partes accionantes y para las partes sobre las que se infiere la ejecución.

De este modo, puede asumirse la integración de algoritmos en la ejecución, civil y penal³⁵, para favorecer la verdadera tutela efectiva de la ciudadanía, siempre en el marco de la pétrea exigencia del respeto a la garantías y derechos procesales, en tanto en cuanto ello suponga la posibilidad de mejorar el sistema complejo y sofisticado de ejecución que nos viene acompañando, beneficiándose de la funcionalidad maquina, sin caer en la fascinación acrítica de las estructuras computacionales complejas (o no tan complejas) que ofrecen «mucho en poco tiempo», si bien no siempre serán las más adecuadas.

En todo caso, la implicación de la digitalización, la automatización y la irrupción de la inteligencia artificial en sede judicial es una realidad indiscutible, todo y que presenta enormes retos y una previsible proyección con un todavía largo camino por recorrer. Desde la última década del siglo pasado, la tecnología se convirtió en un modelo instrumental actuacional de la Justicia, favoreciendo soluciones frente a los tiempos muertos, facilitando medios de comunicación *ad intra* y *ad extra* en sede de Justicia, incorporando la tecnología para afianzar derechos y fortalecer garantías. De hecho, se convirtió en el asidero de la actividad de la Justicia en el periodo de *lockdown* propiciado por la pande-

35. Sobre la digitalización e inteligencia artificial en ejecución penal puede verse, BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y de la Justicia*, cit., pp. 675-686.

mia del COVID19. Con todo, no puede afirmarse que no se cuente con experiencia de tecnología en la Justicia, por cuanto la hay, si bien los desarrollos de nuevas técnicas, de fusión de avances científicos con los tecnológicos y los desarrollos innovadores que desde esta área se están propulsando, propician cada día nuevos desafíos en el mundo del derecho y especialmente en sede procesal, lo que nos obliga al control de su aplicación efectiva en el proceso, y a su valoración respecto no solo de su eficiencia, que arrasa sin contestación, sino de su sostenibilidad humana y medioambiental³⁶, lo que nos lleva a estar atentos para determinar las consecuencias procesales —positivas y negativas— que provocan los diseños de nuevas herramientas para la Justicia. La evolución parece en la actualidad imparable.

Centrándonos específicamente en materia de ejecución deberemos considerar los diversos niveles tecnológicos realizados y proyectados en el proceso de declaración, para determinar su posible extrapolación en sede procesal de ejecución.

En primer lugar, es innegable que los avances que se han producido en el seno del proceso de declaración en cuanto a la tramitación electrónica del proceso declarativo van a poder extrapolarse al proceso de ejecución, como ya se venía haciendo «fijo-discontinuo». La pandemia del COVID19 provocó la generalización de la utilización de medios telemáticos en el proceso, sustituyendo la celebración de vistas presenciales³⁷, lo que abrió, tras la pandemia, dos corrientes en la práctica judicial: aquellos que continuaron, en la medida de lo posible, realizando potestativamente actuaciones *on line* sustitutivas de la presencialidad, y aquellos que volvieron a su *modus operandi* presencial. En cualquier caso, no se volvió al cien por cien a la situación existente antes de la pandemia, abriendo la puerta a la integración de medios como las videoconferencias, pruebas documentales obtenidas a través de whats, las cámaras de grabación de las vistas y audiencias sin presencia del LAJ, etc. Estos avances, inicialmente tímidos, pero poco a poco integrados en sede procesal, vinculados de forma incontestable a la sociedad digital que nos acompaña, han pasado de ser potestativos a ser imperativos, con la aprobación del RDLey 6/2023, de 19 de diciembre.

Con el RDL 6/2023 se implementan numerosas medidas que se habían venido anunciando e incorporando, en muchos casos como «proyectos piloto», en el

36. BARONA VILAR, S., «Una Justicia sostenible en su triple dimensión (social, eficiente y medioambiental)», en *Liber amicorum Victor Moreno Catena*, 2024, en prensa.

37. PÉREZ DAUDÍ, V., «La transformación digital de la justicia civil», en *Digitalización de la Justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, (Dir. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.; CALAZA LÓPEZ, S.), Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2022, p. 471.

nuevo modelo de servicio público de Justicia, fruto del denominado «Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», que contaba con la financiación de los fondos europeos *Next Generation EU*. El objetivo del plan era transformar el servicio público de Justicia para hacerlo más accesible, eficiente y contribuir al esfuerzo común de cohesión y sostenibilidad, propulsando una modernización de la Justicia con nuevos instrumentos y herramientas tecnológicas. Algunas de ellas, de forma asimétrica y no integral, habían sido incorporadas (en ciertos casos sin desarrollo) por las reformas procesales, especialmente la LEC y también la LOPJ, si bien carecían de eficacia a los efectos que se pretenden con esta norma.

En cualquier caso, el impulso tecnológico se integra en la «Estrategia Europea» en materia de Justicia, en la que se destaca la importancia de aprovechar la tecnología para mejorar la eficiencia de la Justicia, acelerar los procedimientos y facilitar su acceso. La estrategia aboga por la implementación de sistemas de gestión de casos electrónicos, la interoperabilidad de los sistemas judiciales y la promoción de la mediación en línea³⁸. Por su parte, el documento *The 2023 EU Justice Scoreboard* insiste en que la eficacia de los sistemas judiciales es esencial para la aplicación y el cumplimiento del derecho de la UE y para la defensa del estado de derecho y de otros valores europeos, incidiendo en la confianza mutua y la mejora del clima de inversión y sostenibilidad del crecimiento a largo plazo, preocupándose por la mayor eficacia, calidad e independencia judicial, haciendo especial énfasis en la accesibilidad a la justicia de las personas más vulnerables y en su digitalización —clave para aumentar la eficacia de los sistemas judiciales y una herramienta muy eficaz para mejorar y facilitar el acceso a la justicia—.

En España se lleva desde hace ya tiempo buscando la sostenibilidad del servicio público de Justicia y se ha ido avanzando en la incorporación de los medios

38. Desde la presentación del Plan de Acción sobre Justicia Digital de 2020, se han ido sucediendo acciones en el seno de la UE, centrándose en la identificación electrónica para garantizar las transacciones electrónicas de confianza, protección de datos personales, empleo de medios tecnológicos en cooperación entre estados para transmitir documentos y solicitudes o para obtener documentos judiciales o extrajudiciales, o para obtención de pruebas, la Agenda Estratégica 2019-2024 del Consejo Europeo, *Action Plan 2022-2025 «Digitalisation for a better justice»* del CEPEJ, la Carta ética europea sobre uso de la IA en los sistemas judiciales y su entorno (2018); Directrices éticas para una IA fiable (2019); Libro Blanco de la IA de la Comisión (2020); *Artificial Intelligence Act* del Parlamento Europeo y del Consejo; Reglamento 2023/2844, sobre digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, así como la Directiva 2023/2843 en materia de digitalización de la cooperación judicial, entre otros, además de aquellos que fomentan la incorporación de herramientas para la comunicación, la información y el intercambio en materias referidas a Justicia (antecedentes penales, condenas de nacionales de terceros países o apátridas, sistema digital de intercambio de pruebas electrónicas; comunicación electrónica entre los Registros Mercantiles o los Registros de la Propiedad de los distintos países de UE; rastreadores de entidades jurídicas para detectar posibles beneficios obtenidos por blanqueo de capitales o para financiar terrorismo; plataforma de Justicia en red (*E-CODEX*), etc..

telemáticos o electrónicos y del expediente judicial electrónico. Desde la reforma de la LOPJ en 1994, que posibilitaba el uso de medios técnicos, electrónicos e informáticos para el desarrollo de la actividad y el ejercicio de las funciones judiciales, no ha cesado el impulso nacional y autonómico, conectándolo a reformas de calado como la LEC 1/2000, con el modelo procedimental oral y la incorporación de instrumentos que permitieran grabar y reproducir la imagen y el sonido de las actuaciones orales, pasando por la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia en la que se hablaba de correo electrónico, videoconferencias y otros medios telemáticos, y los diversos textos que siguieron desde la aprobación de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia, en la que se introducían conceptos como punto de acceso general de la Administración de Justicia, sede judicial electrónica o el CTEAJE (Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica), el expediente judicial electrónico (EJE), etc.. Este texto fue el punto de inflexión y muchas instituciones que se desarrollan en el RD-ley vienen de esta ley.

Tras la reforma de la Administración Pública (Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público), las reformas procesales civiles (la LEC (Ley 42/2015), con las subastas electrónicas y la obligatoriedad general de comunicación con la Administración de Justicia por medios electrónicos, salvo algunas excepciones como las personas físicas, modificaciones de transformación digital que fueron entrando en vigor en los años 2015, 2016 y 2017, así como la LECRIM con la introducción de las diligencias de investigación tecnológicas, entre otras), se aprobó el RD 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET, y posteriormente, como consecuencia del COVID-19, se adoptaron medidas procesales y organizativas en la Administración de Justicia en régimen de cogobernanza Ministerio-Comunidades Autónomas por Ley 3/2020, valiéndose de los medios tecnológicos como cauces de supervivencia, que alteraron el *modus operandi* de la Justicia (teletrabajo, gestión deslocalizada, videoconferencias, incorporación de herramientas algorítmicas, etc.). Había ya mucho avanzado, en parte mucho ruido, pero en parte también algunos avances tecnológicos indudables.

Tras este largo devenir, en el año 2021 se presentaron tres proyectos de eficiencia, con pretensión de modernizar y transformar la Justicia (Justicia 2030). La disolución de las Cortes impidió su tramitación, si bien fueron implementándose numerosos instrumentos que se habían proyectado en el proyecto de eficiencia digital, financiados por los fondos europeos. Se presentaba una realidad que ameritaba urgentemente un soporte legal para el «hecho tecnológico en Justicia», y ese soporte se ha producido con la aprobación del RD-Ley

6/2023, de 19 de diciembre, favoreciendo la relación digital entre la ciudadanía y los órganos jurisdiccionales, con medidas orientadas a la transparencia, la eficiencia y la rendición de cuentas del servicio público de Justicia³⁹.

Esta tramitación electrónica de los procedimientos judiciales naturalmente afecta a la ejecución, en cuanto procedimiento judicial que es. El objeto de la norma es regular la utilización de las tecnologías por parte de los ciudadanos y ciudadanas y los y las profesionales del derecho con la Administración de Justicia y en las relaciones de la Administración de Justicia con el resto de administraciones públicas y organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas y dependientes, lo que en fase de ejecución puede ser altamente importante para garantizar la efectividad de la ejecución en el proceso civil.

En esta norma se regula la íntegra tramitación electrónica de los procedimientos judiciales y la consagración del Expediente Judicial Electrónico (EJE), haciendo hincapié en la concurrencia de servicios digitales como la itineración de expedientes electrónicos y la transmisión de documentos electrónicos entre los órganos y oficinas y las medidas que permitan la interoperatividad de datos, que garanticen la conservación y acceso a largo plazo de expedientes y documentos electrónicos, la presentación de escritos y comunicaciones dirigidas a órganos y oficinas a través de la sede judicial electrónica (arts. 8-10), el PAGAJ (punto de acceso general de la Administración de Justicia, art. 12), un servicio personalizado («Carpeta de Justicia», arts. 13 a 18) de acceso de las partes o interesados a todos los servicios, procedimientos o informaciones accesibles, un registro común de datos, el acceso por los profesionales a través de punto común, un tablón edictal judicial único, los portales de datos previstos en el RD-Ley 6/2023, registros diversos interoperables (una pieza esencial es SIRAJ —Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia— que ya recibió un gran impulso en 2022 y cuenta con el Registro Central de Penados, Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes, Registro Central de Delincuentes Sexuales y Trata de Seres Humanos, Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, Registro Central de Rebeldes Civiles y el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores; también puede entenderse aquí el registro electrónico de apoderamientos judiciales, etc), la posible textualización de actuaciones orales registradas en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, garantías en la identificación y firma (arts. 19 a 30) de los intervinientes en actuaciones no presenciales, comunicaciones electrónicas transfronterizas sobre cooperación jurídica internacional, identifi-

39. BARONA VILAR, S., «Tramitación electrónica de los procedimientos judiciales orientada al dato, una realidad anunciada e iniciada», en la obra colectiva *Guía práctica sobre la reforma procesal y digital*, Madrid, Aranzadi La ley, 2024, p. 40.

cación y firma no criptográfica en las actuaciones y procedimientos judiciales llevados a cabo por videoconferencia, y en los servicios y actuaciones no presenciales, de acuerdo con el Reglamento (UE) 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, etc.. Igualmente, es imprescindible configurar los derechos de los ciudadanos y ciudadanas y los derechos y deberes de los y las profesionales en relación con la Administración de Justicia (arts. 5 y 6).

Si el objetivo es consolidar la intervención telemática de la ciudadanía en las actuaciones judiciales, simplificándose la relación con la Administración de Justicia, también lo es en la actuación de ejecución, debiendo garantizarse la tutela judicial efectiva en este proceso y manteniendo, en todo caso, el principio de orientación al dato. Se regula también en el RD-ley las actuaciones judiciales y actos y servicios no presenciales, con puntos de acceso y lugares seguros, desde donde se podrá intervenir por medios telemáticos, adquiriendo un rol protagónico las oficinas judiciales como lugar seguro. Se completa con la regulación de los Registros de las Administración de Justicia como servicio electrónico en el que la ciudadanía de forma voluntaria y los profesionales (obligatoriamente) proporcionan datos de carácter personal para el contacto electrónico y los archivos electrónicos (se prevé la creación de un sistema de archivos para conservar y acceder a expedientes y documentos electrónicos, con interoperatividad con los sistemas de gestión procesal y el resto de los sistemas de archivo, de conformidad con la normativa técnica aprobada por el CTEAJE). Es indudable que supone la actualización de la regulación sobre tecnologías de la comunicación en el hábitat de Justicia, introduciendo el principio de orientación al dato, si bien, son numerosas las cuestiones que no quedan resueltas en la norma, siendo el CTEAJE el que seguirá integrando las falencias normativas.

Con este cambio en la tramitación procesal indudablemente se gana en celeridad, con una batería de medidas que pretenden, en todo caso, no mermar las garantías procesales ni los derechos de las partes, todo y que el gran dilema es cómo paliar la realidad de la brecha digital.

En segundo lugar, han ido poco a poco, más en los últimos lustros, manifestándose posiciones favorables a lo que se ha denominado en la doctrina como la «Justicia automatizada»⁴⁰, que permite un modelo procesal, tanto en sede

40. GUZMÁN FLUJA, V., «Automated Justice. La preocupante tendencia hacia la justicia penal automatizada», en *Derecho Procesal: retos y transformaciones*, (Coord. GONZÁLEZ PULIDO, I.; REIFARTH MUÑOZ, W.; BUJOSA VADELL, L., 2021, pp. 339-380; Y también, DYMITRUK, M., «The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings», en *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 13:1, 2019, pp. 27-44, donde la autora analiza la posibilidad de automatizar los procesos civiles mediante la creación de un sistema de inteligencia artificial, que es capaz de llevar a cabo el proceso de toma de decisiones judiciales.

judicial como arbitral, así como en cauces autocompositivos de solución de conflictos (mediación, negociación, conciliación), en los que la tecnología ofrece posible respuestas a través de sistemas y estructuras computacionales que proponen soluciones en determinados sectores y referidos a determinada conflictividad. Esa automatización, que queda incorporada en el RDL 6/2023, lejos de ser extendible a cualquier conflicto, se entiende adecuada a ámbitos específicos del derecho civil o en materia de consumo. Se trata de aquellos supuestos en que las condiciones y el relato fáctico suelen ser reiterativos, pudiendo diseñarse y configurarse el modelo automatizado (software) para dar respuestas mecánicamente, atendiendo a los inputs de pasado que han servido para programar la máquina, de manera que la respuesta es la consecuencia de una repetida decisión en la misma dirección. En este sentido, en los últimos años se ha venido hablando (Alemania ya cuenta con él) de la configuración de un modelo automatizado de monitorio, que permita la evaluación maquina (a través del software) de los elementos que pueden permitir dar respuesta jurídica cuando no concurre oposición a la pretensión tramitada en el monitorio; si concurre oposición este modelo automatizado dejaría ser adecuado.

En tercer lugar, más allá de la automatización (que no es sino la preparación de los sistemas computacionales para validar relatos fácticos y elementos reiterativos que son presupuesto decisonal), se avanza con la algoritmización de la Justicia. En ese avance los algoritmos han llegado, incorporando herramientas que son francamente de gran utilidad instrumental, que permiten la agilidad necesaria para evitar tiempos muertos e ineficiente tutela (entre ellos podríamos pensar en herramientas que permiten la gestión de agendas entre los diversos operadores jurídicos), si bien cada vez más las herramientas algorítmicas que se diseñan para la Justicia ahondan en su carácter funcional, a saber, ofreciendo asistencia y colaboración a los operadores jurídicos, de manera que facilitan la tarea de abogados, jueces, LAJ, fiscales, etc. Hasta el momento esas herramientas se empleaban con mayor o menor énfasis, si bien no se contaba con el soporte normativo que las avalara. El RDL 6/2023 otorga ese asidero jurídico que va a abrigar desarrollos tecnológicos con aplicación en el mundo de la Justicia.

En todo caso, no todas las herramientas algorítmicas son iguales, ni tienen el mismo impacto procesal, ni tampoco todas son inteligencia artificial, si bien suponen una clara innovación disruptiva en la Historia de la Humanidad, dado que los sistemas algorítmicos hacen lo que antes exclusivamente hacían humanos. En unas ocasiones tan solo es una parte de la función humana (información, asistencia, colaboración), si bien cada vez más asistimos a estructuras computacionales complejas, que han ido denominándose inteligencia artificial, que sustituyen al humano en la actividad o en la toma de decisiones, en cuanto son emuladores del pensamiento. Insistimos, no todo es inteligencia

artificial. Hay sistemas algorítmicos que no lo son, pese a que la denominación global pareciera referirse a un metaconcepto integrador⁴¹.

En relación con la Inteligencia Artificial (IA), podemos diferenciar tres niveles:

- 1º) La IA débil (*Artificial Narrow Intelligence, ANI*), que se aplica para la realización de una función específica y concreta (búsqueda de información, traducción automática, recomendación, por ejemplo), en muchos casos son softwares, herramientas algorítmicas sin más, no IA; entre ellas podríamos ubicar las que permiten la anonimización de documentos, las que realizan la textualización de las vistas, etc.
- 2º) La IA general, fuerte o nivel humano (*Artificial General Intelligence, AGI*), que aprende y realiza tareas que son típicas de los humanos (pueden realizar due diligence, puede proponer soluciones en negociaciones o mediaciones o en procedimientos no contenciosos, puede resolver/decidir cuestiones muy reiterativas estadísticamente hablando, puede evaluar y conceder o denegar la nacionalidad, puede efectuar predicciones —algoritmos evaluadores de riesgos— con consecuencias procesales indudables, etc); y
- 3º) «Super Inteligencia Artificial» (*Artificial Superintelligence, ASI*), que pretende superar las capacidades humanas, convertirse en la denominada *singularity* de KURZWEIL⁴², generando el gran dilema de la superación de la creatura humana por la máquina, por el ser maquínico, en tareas de gobierno, gestión, decisión, etc., inspirando el movimiento posthumanista y transhumanista. No es película ficción, sino realidad que permite hoy por hoy revertirla, convertirla, adaptarla, evitando que la servidumbre maquínica alcance niveles imposibles de revertir. En este tercer nivel ubicaríamos los denominados «juez-robot», que sustituyen a los humanos en la decisión judicial, ejercitando la función jurisdiccional.

Lo que es incuestionable es que la interacción del ser humano con la máquina está poco a poco dejando paso a la interacción entre las máquinas, lo que implica la asunción por el «agente inteligente, IA» la decisión final sobre actuación, sobre solución de controversias, sobre tratamiento médico, sobre gobernanza, etc. Con esta imparable evolución se plantea el dilema de si la intelligen-

41. BARONA VILAR, S., «La seductora algoritmización de la Justicia. Hacia una Justicia poshumanista (Justicia+), ¿utópica o distópica?», cit., p. 3.

42. KURZWEIL, R., *The Singularity is near*, New York, Penguin ed., 2005, especialmente pp. 28 a 35. Kurzweil considera importante la conjugación de la computación con la nanotecnología, la biotecnología y la ciencia de los materiales y predice dos momentos diversos: por un lado, el de la aparición de la inteligencia artificial general, que será capaz de replicar la inteligencia humana, indistinguible de un ser humano (2029) y una segunda etapa, en la que se alcanzará la super inteligencia (2050), más inteligente que el ser humano y, por ende, más poderosa. Habla del despertar del universo, que se producirá cuando la inteligencia humana se expanda por todo el universo en forma de energía y materia saturada.

cia artificial sustituirá del planeta la inteligencia humana. Dilema que indudablemente alcanza también a la Justicia⁴³, dado que ya estamos empleando algoritmos en niveles diversos, pero que afectan a decisiones y que experimentan una suerte de algoritmización.

En este punto en el que nos encontramos las herramientas que han venido proliferando son las que apoyan al juez en la toma de decisiones (*Decision Support*⁴⁴), a las que consideramos como asistenciales, e incluso en ciertos casos pueden realizar propuestas decisionales que el juez asumirá o no en su decisión. Y, asimismo, es posible, como anunciamos *supra*, plataformas electrónicas que ofrecen decisiones (o hacen propuestas de decisión), actuando más allá del asesoramiento o colaboración, siendo que en este caso el sistema actúa autónomamente, sin asistencia humana. Tomando como referencia lo expuesto, es posible, en atención a la funcionalidad procesal de las estructuras inteligentes, hacer referencia a tres niveles de incorporación de la inteligencia artificial en el mundo procesal, a saber:

1. Por un lado, el despliegue de los sistemas computacionales inteligentes para generar sustentos argumentativos (argumentación jurídica), con una mayor o menor integración de los elementos fácticos con la interpretación y/o creación del derecho⁴⁵.

Que las herramientas de la inteligencia artificial —aun cuando no sean propiamente IA, sino herramientas algorítmicas, empero a efectos de claridad se emplean las siglas IA— han incorporado modelos argumentativos en el proceso es indudable, si bien deberemos determinar el grado de perfeccionamiento de estas herramientas, si de verdad pueden llegar a suplir la argumentación jurídica hecha por humanos, y si todo ello incidirá en la conformación, mejora, o en su caso desaparición de la exigencia de motivación de las decisiones judiciales.

43. BARONA VILAR, S., «La seductora algoritmización de la Justicia. Hacia una Justicia poshumanista (Justicia+), ¿utópica o distópica?», cit., pp. 3-4.

44. LEITH, Ph., «The Judge and the Computer: how best «Decision Support»?», en *Artificial Intelligence and Law*, 6, 1998, pp. 290-293. Este autor defiende la necesidad de incorporar en estos sistemas el enfoque sociológico, dado que es la única forma de entender el contexto en el que se aprueba una ley y se aplica la misma judicialmente. Insiste en que más allá de las predicciones estadísticas se requiere de la representación de conocimiento sociológico, en especial p. 295.

45. La disposición de interpretar situaciones de todo tipo fue presentada en la década de los años 1990 a través de sistemas de expertos capaces de evaluar de modo automatizado estados de hecho en el seno de un corpus de datos, tal como ya se vino exponiendo. Ejemplo de ello fue el dispositivo utilizado para realizar un diagnóstico sobre el estado de un reactor en una actividad de mantenimiento, tal como explica SADIN, E., «La inteligencia artificial: el superyó del siglo XXI», *Revista Nueva Sociedad*, n 279, enero-febrero 2019, p. 143. Y fue a partir de su aplicación en otros ámbitos cuando también se extendió al ámbito jurídico ofreciendo valoraciones y diagnósticos a partir de un cuerpo de datos concurrentes.

2. Por otro, la «inteligencia» computacional está creando fuentes de prueba que, incorporadas al proceso como medio de prueba, se van a convertir en el soporte esencial instrumental, vehicular y productivo de la argumentación⁴⁶, revolucionando el derecho de la prueba, favoreciendo no solo nuevas fuentes de prueba que cuestionan el equilibrio con los actuales medios de prueba existentes en los ordenamientos jurídicos, sino que transforman el *modus operandi* de los sujetos que intervienen en la prueba, sean terceros ajenos al proceso, sean partes del mismo o sean los jueces, que deben admitir y posteriormente valorar los medios de prueba que se incorporen al proceso⁴⁷.
3. Finalmente, el tercer nivel de implicación de la inteligencia artificial es en la *judicial decisión* con más o menos intensidad. Ese mayor o menor nivel de implicación se halla condicionado a la mayor o menor automatización de la decisión o lo que es lo mismo a la mayor o menor participación de la máquina en la toma de la decisión, sea asistencialmente o complementaria a la labor del juez (una suerte de guía de la decisión del juez humano⁴⁸), o bien a través de la automatización plena de la decisión, al entregar todo el proceso a la adjudicación al sistema de inteligencia artificial de la toma de decisiones legales⁴⁹, caminando inexorablemente hacia la robotización judicial⁵⁰.

46. Esta función en el seno de la «creación de prueba» podríamos considerarla como consecuencia de un modelo de inteligencia artificial que viene aplicándose desde finales del siglo pasado, comienzos del actual, en torno a la captación y manejo de datos que permiten a través de la *data mining* trabajar con programas para «capturar, a altas velocidades, correlaciones entre series de hechos que dejan en evidencia fenómenos que hasta el momento no eran inmediatamente perceptibles al ojo humano» (SADIN, E., «La inteligencia artificial: el superyó del siglo XXI», cit., p. 143), de manera que con esta función se puede llegar a sugerir un resultado, como ha sucedido mediante los sistemas de calificación crediticia social de las personas (*scoring*) en China, esto es, la función de la inteligencia artificial es la de considerar si es conveniente o no conceder un crédito a una persona, a la vista del análisis de una serie de criterios que llevan a sugerir una línea decisoria (se les da puntuaciones basadas en su comportamiento social, político y económico). Igualmente, la sugerencia de contratar con una empresa sobre otra, siempre desde parámetros automatizados.

47. Un desarrollo *ad extensum* puede verse en BARONA VILAR, S., «Algoritmización de la prueba y la decisión judicial en el proceso penal: ¿utopía o distopía?», en ARANGÜENA FANEGO, C.; DE HOYOS SANCHO, M.; PILLADO GONZÁLEZ, E. (Directoras), MIGUEL FREITAS, P. (Coordinador), *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Pamplona, Aranzadi, 2023, pp. 133-162; BARONA VILAR, S., «Dataización de la justicia (Algoritmos, Inteligencia Artificial y Justicia, ¿el comienzo de una gran amistad?)», en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 36, julio 2023, pp. 14-45.

48. Esta función de guía ha sido probada en el sistema sanitario a través del sistema Watson de IBM, que analiza las historias clínicas de pacientes, establece diagnósticos, redacta prescripciones, establece el repertorio de los posibles efectos secundarios de los medicamentos, entre otros. Lo que pretende es mejorar su *expertise* gracias a la mayor acumulación de datos y al constante e ininterrumpido tratamiento de datos, de manera que se afirma que ha superado la competencia de los médicos en ciertos casos.

49. DYMITRUK, M., «The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings», cit., p. 29.

50. Es una tercera manifestación de la inteligencia artificial que ofrece lo que SADIN denomina *autonomía decisional*, «La inteligencia artificial: el superyó del siglo XXI», cit., p. 143, en cuanto va a «emprender acciones sin validación humana previa», lo que acerca hacia la robotización, que en sede judicial implicará la posibilidad de que sean los robots jueces los que sustituyan a las personas en el ejercicio de su función.

Son todos ellos manifestaciones vinculadas de una u otra forma a la construcción de un sistema jurídico que cada vez más integra nuevos conceptos y nuevos protagonistas en el Derecho, debido esencialmente a la irrupción volcánica de la inteligencia artificial y a su efecto-lava que fluye y se expande respecto de todo el ordenamiento jurídico. Es más, cuestiona el sentido y viabilidad de los principios de oralidad, inmediación, concentración, publicidad⁵¹. No se trata de considerar que no concurren, sino muy probablemente que habrá que «repensar» su significado, adaptado el modelo electrónico actuacional.

Son numerosas las cuestiones a las que nos enfrentamos, ante un dilema trascendental de Humanidad, la expansión volcánica de la tecnohumanidad, de la humanidad aumentada, que abriga una tecnojusticia, que obliga a responder a las cuestiones acerca de la viabilidad de la IA para resolver, con argumentos jurídicos, los conflictos jurídicos y el ejercicio de la función jurisdiccional de declarar y de hacer ejecutar lo juzgado, tanto de forma autónoma como de forma integral con el juez humano.

3. Tramitación electrónica, automatización y algoritmización de la ejecución civil

Se ha venido sosteniendo históricamente que la regulación de la ejecución civil es, pese a la reforma de la LEC de 2000, compleja, ardua, costosa e insatisfactoria para las partes demandantes de tutela, y que las formalidades, y en muchos casos obstáculos, que se encuentran regulados en la LEC, podrían salvarse mediante la incorporación de medios computacionales que ora facilitan una mayor automatización de trámites, ora favorezcan la tarea judicial hasta el final, especialmente cuando los datos que puedan explotarse por una inteligencia artificial permitan anular tiempos muertos y favorecer las actuaciones judiciales directas, sin necesidad de intermediaciones ni actos procesales sin fruto alguno.

Debe afirmarse que, del mismo modo que durante tanto tiempo la ejecución, pese a las reformas, se presentaba como el «garbanzo negro» de la jurisdicción, aceptando la inadaptada regulación a la realidad y las falencias del modelo de ejecución, a diferencia del interés que desde siempre ha generado a los legisladores la búsqueda de mejoras del proceso declarativo o de los procesos especiales o especialidades procedimentales, los programadores tecnológicos han centrado sus esfuerzos en incorporar herramientas computacionales que

51. Interesantes las reflexiones de PÉREZ DAUDÍ, V., «La transformación digital de la justicia civil», cit., pp. 467-472.

tienen predicamento en múltiples funciones en el proceso, pensando esencialmente en el proceso de declaración, todo y que su proyección a la ejecución civil es palmaria, si no en todos los supuestos, si es posible pensar en tareas que los modelos computacionales podrían desempeñar en sede de ejecución civil.

1. *Prima facie*, la tramitación electrónica, con sus componentes esenciales digitales a los que nos referimos *supra*, que conforman el modelo digital instaurado en el RD Ley 6/2023, de 19 de diciembre, es extrapolable al proceso de ejecución, teniendo en cuenta que la digitalización de la ejecución ofrece mejoras en la tramitación que repercuten en la tutela judicial efectiva.

Esa gestión digital se dirige por el Letrado de la Administración de Justicia, que desde la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Oficina Judicial, asume el protagonismo en la ejecución, atribuyéndole una serie de funciones de gran transcendencia, que anteriormente asumía el órgano jurisdiccional, de manera que salvo el auto dictando la orden general de ejecución, las actuaciones son competencia de los LAJ. Es, en palabras de PLANCHADELL GARGALLO⁵², al que le corresponde la realización de toda una serie de actos que se integran en el proceso de ejecución, salvo en aquellos casos en que expresamente se prevea una reserva jurisdiccional. En consecuencia, el manejo digital del proceso es competencia del LAJ, y su estrecha imbricación con el entorno tecnológico procesal es incuestionable. En este sentido, apuntamos como uno de los retos para garantizar la efectividad y las garantías y derechos de los justiciables la capacitación de los LAJ, de modo que, allende su función gestora, permita actuar como garante igualmente, siempre que puedan incorporarse medidas tecnológicas de nueva generación que comporten una búsqueda de una mayor celeridad, más sostenibilidad medioambiental empero también garantías para los justiciables. Esa función tuitiva se imbrica con las capacidades digitales en estos momentos. De hecho, cuando se reformó la LEC para adaptarla a la oficina judicial se habló de crear una sección de ejecución y la implantación del procedimiento electrónico (de ahí que ya llueva sobre mojado), y además se anunció la conformación de unos protocolos comunes de actuación que permitieran dotar a la ejecución de mayor eficacia, si bien no se llevaron a cabo estas propuestas⁵³.

En la actualidad el entorno digital y de automatización puede implicar un aporte en la mejora e impulso de mayor eficiencia del proceso de ejecución, especialmente favoreciendo la automatización de determinadas actuaciones den-

52. PLANCHADELL GARGALLO, A., «Ejecución forzosa. Conceptos generales y título ejecutivo», cit., p. 456.

53. PÉREZ DAUDÍ, V., «La transformación digital de la justicia civil», cit., p. 484.

tro del proceso, que evitarían tiempos muertos y dilaciones innecesarias (por ejemplo, mediante notificaciones automáticas a partes por supuesto pero también a terceros interesados) lo que supondría la necesidad de revisar el impulso en el proceso de ejecución, dado que sería éste de oficio, sin perjuicio de mantener la posibilidad de la parte ejecutante pudiera solicitar la suspensión de la ejecución, alterando con ello su automatización procesal.

Podría pensarse en la automatización, por ejemplo, de la decisión por decreto del LAJ de ordenación de medidas ejecutivas en los casos en que no se ordenen debido a que no se han designado bienes; igualmente, cabría pensar en la efectividad automática del embargo adoptado como medida ejecutiva mediante la inscripción digital registral, requiriendo automáticamente la solicitud de cargas y dominios de la finca embargada, y la remisión automática a los acreedores prioritarios para que informen del estado del crédito inscrito, además de la liquidación realizada de forma maquina, al poderse calcular a través de medios informáticos la liquidación de los intereses a través de un programa específico que permitiera la liquidación automática de los intereses devengados desde el inicio de la ejecución hasta el pago del principal⁵⁴.

2. Un elemento que debe barajarse en la empleabilidad de posibles herramientas algorítmicas es el de la determinación de la naturaleza y clase de ejecución civil de que se trate. En la ejecución civil se proclama que los títulos ejecutivos de condena puedan ejecutarse en sus propios términos —reiterado en la jurisprudencia del TC como componente del derecho a la tutela judicial efectiva—, lo que no siempre es posible. Cuando son por obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa distinta del dinero, la LEC establece el marco normativo que debe seguirse, todo y que no siempre éste es realizable o no lo es de forma ágil y sencilla. Esto transmuta la viabilidad homogénea de los algoritmos en la ejecución, o, dicho de otro modo, las herramientas algorítmicas que pueden servir para colaborar en el cumplimiento debido del título ejecutivo de condena pecuniaria no van a servir necesariamente para impulsar y facilitar la efectividad de una sentencia de condena de hacer o de no hacer, por ejemplo.

Cuando el título ejecutivo de condena contiene obligación pecuniaria, la satisfacción de la parte ejecutante se producirá no por estar en posesión de la sentencia o el laudo de condena al pago de una cantidad, sino cuando se pueda localizar física y jurídicamente, caso de incumplimiento voluntario del ejecutado, los bienes y derechos en cuantía suficiente para poder practicar el embargo. Para ello, en ciertos casos se cuenta con la colaboración del acreedor o in-

54. En el mismo sentido se muestra PÉREZ DAUDÍ, V., «La transformación digital de la justicia civil», cit., p. 487.

cluso de terceros, y en algunos, muy pocos, con la ayuda del propio ejecutado. Caso de no contar con la colaboración de ninguno de los anteriores, deberá procederse a realizar una auténtica investigación para conseguir esa localización de bienes a efectos de embargar. Y es en esa investigación en la que puede intervenir el empleo de las herramientas algorítmicas que permiten la interacción con servicios u organismos públicos, así como también en la agilidad para mantener relaciones de cooperación con entes y organismos públicos y privados (interoperatividad, a la postre) que faciliten información acerca de la situación jurídica patrimonial del ejecutado.

Así, a través de la aplicación de algoritmos en la ejecución de condena pecuniaria se puede realizar una predicción de solvencia, analizando datos financieros y bancarios para predecir acerca de la capacidad del deudor de cumplir con sus obligaciones, lo que puede ser de gran utilidad a los efectos de adoptar una decisión en uno u otro sentido, que favorezca el cumplimiento de la ejecución de sentencia y la recuperación de las deudas.

Los arts. 590 y 591 LEC, junto a otros preceptos de la misma norma, regulan la denominada investigación judicial del patrimonio del ejecutado, permitiendo que, a instancia del ejecutante, el LAJ ordene que las entidades financieras, los organismos y registros públicos y las personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tenga constancia, en la medida en que puedan contar con bases de datos, ficheros automatizados y un acceso telemático que puede permitir reducir tiempos⁵⁵. La norma lo ampara, si bien para facilitar esa colaboración, y para favorecer o allanar la labor investigadora en esta fase de ejecución, la tecnología puede ofrecer una buena herramienta, introduciendo un modelo algorítmico que pueda desde agilizar la relación y cooperación institucional (Agencia tributaria, Banca, Seguridad Social, etc) hasta trabajar desde la herramienta algorítmica que ha almacenado datos, aplicando las técnicas del *maschine learning* y del *deep learning*, la posible localización de los bienes del ejecutado.

En España, aun cuando la regulación se halla en los artículos 590 y 591 LEC citados, en la ejecución se funciona, casi de forma prioritaria, con el «Punto Neutro Judicial»⁵⁶, a efectos de la averiguación de los bienes del ejecutado, que se nutre de las bases de datos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, las entidades bancarias, etc., a las que el LAJ puede directamente

55. En su versión original, la regulación de la LEC atribuía la competencia a los jueces para acordar las medidas de averiguación del patrimonio del ejecutado. En la actualidad, son los letrados de la administración de justicia los que la tienen.

56. SÁNCHEZ LÓPEZ, B., *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, Madrid, 2019, pp. 177 y ss.

acceder, por la cooperación existente entre las entidades públicas y privadas con el Poder Judicial, amparado por diversos convenios firmados con el CGPJ. Este Punto Neutro Judicial es una red de servicios que ofrece a los órganos jurisdiccionales los datos necesarios en la tramitación judicial mediante accesos directos a aplicaciones y bases de datos del propio CGPJ, de organismos de la Administración General del Estado y de otras instituciones con objeto de facilitar y reducir los tiempos de tramitación, de aumentar la seguridad, y de mejorar la satisfacción de los usuarios⁵⁷.

Se muestra un exponente más de la realidad que vivimos: la existencia de sistemas computacionales que están teniendo virtualidad práctica y eficacia en el marco de la Justicia, empero que no se han incorporado todavía a las normas procesales y/ orgánicas, de manera que la práctica va por delante de la regulación jurídica. En el supuesto del Punto Neutro Judicial sería conveniente —y así lo ha defendido igualmente la doctrina— que quedara incorporado a la legislación procesal, en cuanto supondría el reconocimiento jurídico del derecho del ejecutante a obtener copia de todos los datos de carácter económico que pudieren referirse al ejecutado en el Punto Neutro Judicial, dado que, como apunta CACHÓN, la incorporación legal del mismo *ayudaría a superar algunas pautas de actuación restrictivas con el acceso del ejecutante a esa información, que aún siguen algunos letrados de la administración de justicia, y que chocan con las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva*⁵⁸.

El paso siguiente es el de incorporar el sistema computacional para, allende la búsqueda, proceder a la afección de los bienes, de manera que se permitiera reducir los tiempos del mundo presencial, trabajando mediante internet de las cosas y especialmente con participación de agentes inteligentes en la posible y cuasi-directa liquidación de los bienes afectados del ejecutado. Todo ello iría paulatinamente vinculado a la posible automatización del ingreso directo de las cantidades resultantes de la operación realizada tras la búsqueda, localización, afección y liquidación, en la cuenta bancaria determinada por el instante de la ejecución, a saber, el ejecutante. En este sentido, los algoritmos pueden ayudar a determinar qué activo del deudor es el más adecuado para satisfacer

57. Puede verse, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/e-Justicia/Servicios-informaticos/Punto-Neutro-Judicial/>. Los objetivos de la aplicación son: servir de apoyo a la gestión de los órganos judiciales; proporcionar servicios de ayuda al juez; automatizar la gestión de los órganos de gobierno y facilitar la compatibilidad e interoperabilidad entre los sistemas informáticos al servicio de la Administración de Justicia.

El acceso a este PNJ se lleva a cabo a través de un portal que facilita navegar entre los servicios, ofreciendo información a sus usuarios, a disposición de los cuales se ha diseñado un centro específico de Atención a los mismos, además de contar con un Aula Virtual o Comisión de Modernización.

58. CACHÓN CADENAS, M., «Aciertos, excesos y carencias en la tramitación de la ejecución», en HERRERO PEREZAGUA, J.F.; LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (Dir.), *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, Barcelona, Atelier, 2020, p. 221. A juicio de este autor, habría que modificar algunas normas a los efectos de continuar garantizando el reconocido derecho a la tutela judicial efectiva.

la deuda, además de permitir también rastrear los pagos realizados por el deudor, con alertas automáticas si se produce el incumplimiento de los plazos que se hubieren acordado.

De este modo, es indudable que se está permitiendo y posibilitando la automatización del procedimiento de ejecución en tareas como la posible emisión de órdenes de embargo, tras la investigación descrita, amén de la posible liquidación de activos.

Ahora bien, no se trata tan solo de pensar en supuestos en los que el ejecutado es persona física, con algunos bienes de su propiedad, sino que debe pensarse en la situación del actual modelo económico en el que, allende las personas físicas, concurren numerosas estructuras productivas, empresariales, financieras, etc, que van a interaccionar y que pueden ser ejecutadas en un proceso civil. La sofisticación jurídica puede ser de tal envergadura que la actuación humana requiera de un tiempo más que razonable para poder llegar a resultados. El modelo algorítmico alcanza resultados de manera casi instantánea, lo que no es óbice a la siempre necesaria validación de la acción humana.

En este *modus investigador* patrimonial que interesa a efectos de ejecución civil el sistema computacional algorítmico, sea de primera o de última generación (según sus funciones), permite llegar allá donde no llega o no lo hace fácilmente la actuación humana. Sin perjuicio de algunas necesidades de modificación o reestructuración organizativa en la investigación, que permita en esencia la ejecución en sus justos términos, el reconocimiento asimismo de la oficina judicial y de su dirección por los LAJ y su papel nucleador de estas tareas, la mejora del sistema y, sobre todo, de su eficiencia, se halla en la adaptación de las estructuras físicas y personalizadas a las estructuras computacionales mal llamadas inteligentes y a los agentes electrónicos, que, como sucede en otras áreas públicas, favorecen el significado real del servicio público. Este paso no solo se presenta como positivo, sino como imprescindible, si se atiende al tipo de ejecuciones en el proceso civil cuando concurre una complejidad jurídica derivada de situaciones de verdadera ingeniería jurídica que para nada responde al viejo paradigma liberal de la ejecución civil dirigida en todo caso frente a una persona física.

La proliferación de las personas jurídicas es una realidad indiscutible en el Siglo XXI, y como apunta RIBA TREPAT, éstas se presentan con *vestiduras jurídicas extremadamente complejas*, y con ellas emergen maneras jurídico económicas de actuar que suponen la integración de elementos que no son tan sencillos de localizar como podrían serlo —pese a las dificultades en ciertos casos— los patrimoniales individuales o de personas físicas. Aparecen así activos financieros y una incontrolable *deslocalización territorial de los centros de gestión*

*económica como consecuencia de la globalización del mercado, el crecimiento de la economía especulativa, la implantación de redes internacionales de comunicación fruto del espectacular avance de las tecnologías de la información...*⁵⁹. Todos ellos, a modo de exponentes, muestran una sociedad bien diversa, con una economía que trasciende indudablemente las potestades nacionales. Esto, lejos de ser un mero dato, supone un componente esencial en el modelo económico que, obviamente, tiene una trascendencia indiscutible en el proceso de ejecución civil, especialmente en lo que a complejidad se trata, máxime cuando la actividad ejecutiva se sigue nucleando en torno a un deudor persona física, atendiendo a la presunción de que su patrimonio puede, con mayor o menor dificultad, ser localizado por los métodos de siempre, que son, con diversos matices, los que se recogen en la LEC de 2000.

3. En atención a lo expuesto, y como medida altamente atractiva para mejorar y favorecer la eficiencia del modelo procesal civil actual, van incorporándose los modelos computacionales algorítmicos que, vinculados a los entes y organismos públicos y también registros privados, por ejemplo, pueden aprovechar el *big data* e instrumentos como los sistemas de *blockchain* para poder conseguir información acerca de los posibles bienes y derechos que podrían verse afectados por la ejecución de una sentencia civil de condena. Estos sistemas computacionales permiten no solo localizar bienes, sino incluso sistematizarlos, clasificándolos, lo que favorecería que en el proceso de ejecución se simplificasen las fases procesales, dado que el análisis mecánico del patrimonio lo realizaría la máquina, propulsando la selección posterior de bienes sin necesidad del esfuerzo personal del LAJ.

Puede aplicarse a cualquier tipo de proceso y emplea técnicas diversas que pueden desde realizar un documento maquinicamente, hasta establecer una búsqueda codificada en numerosos documentos que permitan extraer lo esencial referido a un determinado ámbito objetivo o subjetivo. Se emplean en muchos casos las técnicas del *predictive coding*, que permiten revisar enormes volúmenes de información electrónica e identificar la documentación relevante a efectos de determinar los hechos, de una manera mucho más célere, económica y precisa que, por ejemplo, una firma de abogados. Se convierte en una herramienta de enorme asistencia, al tratarse de una tecnología de búsqueda, revisión e identificación de la documentación que pudiera ser relevante para la ejecución. Es una herramienta especialmente válida para los litigios más com-

59. RIBA PRAT, C., «La investigación judicial en la nueva ejecución civil», en la obra *La ejecución civil: problemas actuales*, (ed. CACHÓN CÁRDENAS, M. y PICÓ JUNOY, J.), cit., pp. 141-142. Como apunta esta autora, vivimos en una época en la que *la economía rebasa las fronteras de las soberanías nacionales, donde la información constituye un valor en sí mismo y, sobre todo, cuando la identidad del capital se ha descompuesto en miles de anónimos inversores*.

plejos⁶⁰, al obtener en tiempo record la información adecuada que permita respaldar las actuaciones ejecutivas. Esos resultados algorítmicos facilitan las decisiones en la Justicia, simplifican trámites, pero comportan cada vez mayor automatización, surgiendo dudas acerca de qué grado de algoritmización debería entenderse como el adecuado, quién puede diseñar estos modelos algorítmicos y con qué condiciones y modelos de inteligencia artificial, y, sobre todo, su traslación al proceso de qué manera es decisiva y qué efectos produce.

Si bien pueden emplearse en general, en algunos casos son especialmente recomendables, como sucede con la tercería de dominio o en la tercería de mejor derecho, que, gracias al modelo algorítmico, podría suponer unidad de acto al detectar de forma inmediata la titularidad o la preferencia del crédito.

En suma, el modelo de ejecución algorítmica cumpliría con los principios de eficiencia y eficacia anhelados, si bien habría que equilibrarlo con el debido respeto a las garantías procesales y derechos constitucionalmente reconocidos. Ahora bien, este equilibrio no solo debería diseñarse para garantizar a los ejecutantes —todo y que éstos parten de una posición mucho más sólida procesalmente hablando que los ejecutados—, sino que habría que equilibrar la eficiencia del sistema con los derechos de las personas afectadas. De este modo, el ejecutado debería estar al tanto de cuanto se realiza o se va a realizar en relación con la ejecución. Éste podría proceder a evitar la continuación de la ejecución mediante el pago inmediato, o, en su caso, a alegar defectos o sesgos en este sistema computacional. Esos defectos no son alegaciones en abstracto, sino que vendrían acompañados de una propuesta alternativa que debería valorarse a través de la misma plataforma o aplicación algorítmica.

Ahora bien, indudablemente la irrupción y consolidación de los artefactos algorítmicos inteligentes necesita de una serie de soportes que permitan equilibrar la volcánica eficiencia del modelo para el ejecutado y los derechos en algunos casos «laminados» de protección de datos e información personal de las partes afectadas —ejecutados—.

Para poder consolidar legalmente este sistema habría que reforzar el principio de impulso oficial en la LEC, o lo que es lo mismo, instada la ejecución por la parte, la sucesión de actuaciones en la actividad ejecutiva sería competencia del órgano judicial —léase del LAJ—, lo que implicaría la intervención algorítmica como asistente complementario perfecto de agilización de las actuaciones procesales. Repárese que si se afirma constitucionalmente que el juez es el

60. SOLAR CAYÓN, J.I., «La codificación predictiva: inteligencia artificial en la averiguación procesal de los hechos relevantes», en *Anuario Facultad de derecho-Universidad de Alcalá XI-2018*, pp. 100-101.

titular de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado (lo sigue siendo, pese a la incorporación en la materialización de las actuaciones por el LAJ), pensar en un sustituto del juez humano o la irrupción del juez robot en la ejecución debería contemplarse legalmente, obviamente como el juez-robot que resuelve en instancia, garantizando que no solo el conocimiento, sino también la intromisión en la esfera jurídica de las personas puede hacerla una máquina inteligente.

Y, en todo caso, es imprescindible «blindar» la información que se obtiene a través de la investigación patrimonial que bien la persona física únicamente, o bien la persona física con su incondicional apoyo algorítmico realiza, dado que, como apunta RIBA TREPAT, a menudo se incurre en una difusión sin restricciones a las partes del proceso que podría considerarse como una *innecesaria violación de la intimidad económica del ejecutado*⁶¹.

En ejecución civil podríamos hablar, en consecuencia, de tres niveles diversos de aplicación de los sistemas computacionales o incluso de las estructuras inteligentes, en función de la mayor o menor participación en la toma de decisiones de la ejecución de la máquina, a saber, incorporándola en aquellas actuaciones de tramitación procedimental, o además en algunas actuaciones en fase de ejecución que supongan interactuar con otros entes u organismos públicos o privados, o finalmente actuando como juez-robot con capacidad para dirigir y decidir la instancia de ejecución. ¿Cómo se haría?

Por un lado, en la tramitación automatizada, que permite agilizar las diversas fases, desde la demanda ejecutiva presentada en línea, cumpliendo los requisitos y subiendo los documentos legalmente establecidos. La incorporación de la tramitación *on line* no plantea dificultades de aceptación.

En segundo lugar, la incorporación de estructuras inteligentes u oficina judicial algorítmica que permita asistir a los órganos judiciales en determinadas tareas propias de la tramitación de la ejecución. Puede pensarse que la función de despacho de la ejecución, dando lugar a despachar la ejecución o denegarla tras el examen de la regularidad formal de la demanda, analizando la concurrencia de los presupuestos procesales y de los requisitos, e incluso del análisis de la posible existencia de cláusulas abusivas en el título puede realizarse por un modelo algorítmico que se basará en la masa de datos que explotados de-

61. RIBA PRAT, C., «La investigación judicial en la nueva ejecución civil», cit., p. 155.

bidamente trabajan desde la estadística y les permite dar una respuesta. O la realización, por ejemplo, de subastas electrónicas⁶².

El interrogante perdura en la determinación de si esa intervención es asistencial o complementaria, o bien es sustitutiva del juez. En el primer caso estaríamos ante un sistema que paliaría algunos de los grandes defectos que padece la tediosa tramitación de la ejecución civil. Probablemente comenzar con la incorporación de estos sistemas en esas tareas que son o están automatizadas en un proceso civil y en un proceso de ejecución civil ofrece una mayor eficiencia procesal y sobre todo permiten que los jueces se centren en tareas que requieren mayores dosis de subjetividad y no de automaticidad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

El marco legal y constitucional actual constriñe y requiere de un cambio de visión estratégica legislativa, que parece va dando poco a poco el Ministerio de Justicia español, a través de la incorporación de instrumentos tecnológicos que lo favorecen, amén de preparar normas legales que puedan amparar estos avances. El legislador español allanó el terreno cuando deslindó en la ejecución civil aquellas tareas que son exclusivamente del juez, y aquellas que se desempeñan, por la regulación más reciente, por el LAJ. A título de ejemplo, la aparición del decreto de concreción del LAJ supone la determinación tras el auto por el que se despacha ejecución, de las medidas ejecutivas concretas que resultarán procedentes, incluido el posible embargo de bienes, así como la adopción de posibles medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan (art. 589 y 590 LEC), e inclusive el requerimiento de pago que deba hacerse al deudor cuando la ley así lo establezca.

¿Significa esto que aquello que el legislador ha venido atribuyendo al LAJ porque no es propiamente función jurisdiccional sino de gestión de la ejecución, aunque ello suponga en ciertos casos adoptar medidas y decidir sobre qué y de qué manera se aplican, podría entenderse asumible por una herramienta algorítmica de gestión?

Estamos en un momento interesante de desarrollo tecnológico aplicado al mundo jurídico, y probablemente en esta área y en determinadas decisiones que se adoptan con análisis de documentos y evaluación de condiciones, presupuestos y requisitos, el modelo computacional podría permitir una mejora de las condiciones de efectividad que el sistema de ejecución civil española presenta. Se trata ésta de una tarea que, *a priori*, pueden realizar los algorit-

62. Interesante es la experiencia que exponen CABRI, G.; FERRARI, L.; RUBINO, R., «Building computational institutions for agents with RoleX», *Artificial Intelligence and Law*, 2007, p. 143, en relación con la implementación de RoleX a la subasta electrónica.

mos, en cuanto a análisis de datos agregados referidos a las decisiones humanas que de forma reiterada se toman en los procesos de ejecución civil. Así, se delimitan patrones de conducta que favorecen la toma de decisiones, lo que se realiza por algoritmos contruidos a partir de la masa de datos que los alimentan. Se consiguen respuestas objetivas que eliminan tiempos muertos y generan una mayor eficiencia procedimental, ineludiblemente.

Ahora bien, la injerencia en la esfera jurídica de la persona que supone el ejercicio de la función jurisdiccional haciendo ejecutar lo juzgado amerita la intervención judicial, si bien ésta podría serlo como «garantía», a través de un sistema de control de la actividad maquina. Un modelo híbrido de actuación permitiría muy probablemente paliar algunas falencias existentes en el actuar presente en el proceso de ejecución civil, evitando tiempos muertos, ineficiencias, dilaciones procesales, y garantizando en ciertos supuestos llegar allá donde las personas no tienen acceso, de modo que la interacción cada vez mayor entre los servicios públicos, y también en ciertos sectores privados con la administración de justicia, puede llevar a una efectiva justicia civil en ejecución. Insistimos, un modelo en el que necesariamente la mano humana, el control judicial de cuanto pueda implicar afectación de derechos debe ser una condición pétrea de funcionamiento de este modelo.

En todo caso, cualquiera que sea la ruta que se asuma, con mayor o menor proyección algorítmica y de inteligencia artificial —sistema de expertos vinculante, modelo computacional, robot humanoide o estructura inteligente— las decisiones que se adoptan en la ejecución civil afectan a personas. Este dato no debe olvidarse en ningún momento. Y es precisamente por ello por lo que existe esa preocupación para dar respuesta a una serie de retos éticos y legales que se relacionan con la toma de decisiones de manera algorítmica, que van a afectar esencialmente a la privacidad, la seguridad, la transparencia, la responsabilidad, los sesgos o la discriminación⁶³.

63. OLIVER, N., «Big Data» ¿Antídoto contra la corrupción?, El País, 26 de marzo de 2017, quien considera que para «poder aprovechar adecuadamente el potencial de las decisiones basadas en datos y avanzar hacia un mundo más justo, honesto e igualitario, hay cuatro retos importantes que debemos resolver en el empleo de algoritmos en la toma de decisiones» y hace referencia a la privacidad, a la asimetría en el acceso a la información, la posible opacidad de los algoritmos y la posible exclusión social y discriminación en potencia. Estos retos no son insalvables, como apunta esta autora, de manera que considera que debe trabajarse para paliarlos y ayudar a mejorar el mundo. En concreto ella habla de que controladas las objeciones que despiertan la toma de decisiones a través de los algoritmos, los datos ofrecen «la oportunidad de democratizar ciertas decisiones, superando la «tiranía de expertos y consiguiendo que las decisiones respondan a variables menos sujetas a la arbitrariedad de unos pocos. Pero también debemos encontrar un equilibrio y asumir la responsabilidad de no caer en una «tiranía de datos». Solo desde un compromiso colectivo que implique tanto a investigadores, políticos y otros agentes sociales como a los ciudadanos... podremos explorar y aprovechar las posibilidades potenciales que los datos ofrecen para la consecución del bien común, el nuestro y el de generaciones futuras. Tenemos una oportunidad que no debemos —ni podemos— dejar pasar», en https://elpais.com/elpais/2017/03/24/ciencia/1490358953_071638.html.

4. Bibliografía

- BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y de la justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- BARONA VILAR, S., «Una justicia «digital» y «algorítmica» para una sociedad en estado de mudanza», en la obra colectiva S. BARONA VILAR, *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- BARONA VILAR, S., «La seductora algoritmización de la Justicia. Hacia una Justicia posthumanista (Justicia+) ¿utópica o distópica?», *El Cronista*, n. 100 (*Inteligencia Artificial y Derecho*), 2022.
- BARONA VILAR, S., «Algoritmización de la prueba y la decisión judicial en el proceso penal: ¿utopía o distopía?», en ARANGÜENA FANEGO, C.; DE HOYOS SANCHE, M.; PILLADO GONZÁLEZ, E. (Directoras), MIGUEL FREITAS, P. (Coordinador), *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Pamplona, Aranzadi, 2023.
- BARONA VILAR, S., «Dataización de la justicia (Algoritmos, Inteligencia Artificial y Justicia, ¿el comienzo de una gran amistad?)», en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 36, julio 2023.
- BARONA VILAR, S., «Tramitación electrónica de los procedimientos judiciales orientada al dato, una realidad anunciada e iniciada», en la obra colectiva *Guía práctica sobre la reforma procesal y digital*, Madrid, Aranzadi La ley, 2024.
- BARONA VILAR, S., «Una Justicia sostenible en su triple dimensión (social, eficiente y medioambiental)», en *Liber amicorum Víctor Moreno Catena*, 2024, en prensa.
- BAUMAN, Z., *Vida líquida*, Barcelona, Ed. Paidós, 2013.
- BAUMAN, Z., (con LYON, D.), *Vigilancia líquida*, Austral, Barcelona, 2013.
- CABRI, G.; FERRARI, L.; RUBINO, R., «Building computational institutions for agents with RoleX», *Artificial Intelligence and Law*, 2007.
- CACHÓN CADENAS, M., *La ejecución procesal civil*, Barcelona, Atelier, 2ª ed, 2018.
- CACHÓN CADENAS, M.; PICÓ JUNOY, J., *La ejecución civil: problemas actuales*, Barcelona, Atelier, 2008.
- CACHÓN CADENAS, M., «Aciertos, excesos y carencias en la tramitación de la ejecución», en HERRERO PEREZAGUA, J.F.; LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (Dir.), *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, Barcelona, Atelier, 2020.
- CARDON, D., *Con qué sueñan los algoritmos: Nuestras vidas en el tiempo del Big Data*, Dado ediciones, 2018.
- CROMPTON, R., *Woman and Work in Modern Britain*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- DYMITRUK, M., «The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings», en *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 13:1, 2019.
- GABRIEL, M., *El sentido del pensamiento*, Barcelona, Pasado&Presente, 2 ed., 2020.

- GUZMÁN FLUJA, V., «Automated Justice. La preocupante tendencia hacia la justicia penal automatizada», en *Derecho Procesal: retos y transformaciones*, (Coord. GONZÁLEZ PULIDO, I.; REIFARTH MUÑOZ, W.; BUJOSA VADELL, L., 2021.
- HAN, B-Chul, *En el enjambre*, Barcelona, Herder, 2020.
- HOVART, S., *Poesía del futuro*, Barcelona, Paidós, 2020.
- KURZWEIL, R., *The Singularity is near*, New York, Penguin ed., 2005.
- LASSALLE RUIZ, J.M., *Ciberleviatán. El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Barcelona, Ed Arpa, 2019.
- LAZZARATTO, M., *La fábrica del hombre endeudado: Ensayo sobre la condición neoliberal*, Emorrortu Editores, 2013.
- LEITH, Ph., «The Judge and the Computer: how best «Decision Support»?», en *Artificial Intelligence and Law*, 6, 1998.
- LÜBBE, H., «The Contraction of the Present», en ROSA, H., y SCHEUERMAN, W., *High-Speed Society. Social Acceleration, Power and Modernity*, Pennsylvania, Pennsylvania State University, 2008.
- LLEDÓ IÑIGO, E., *El silencio de la escritura*, Austral, Barcelona, 2011.
- MARTÍNEZ OJEDA, B., *Homo digitalis: etnografía de la cibercultura*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2006.
- OLIVER, N., «Big Data» ¿Antídoto contra la corrupción?», El País, 26 de marzo de 2017, https://elpais.com/elpais/2017/03/24/ciencia/1490358953_071638.html.
- ORDINE, N., *Los hombres no son islas. Los clásicos nos ayudan a vivir*, Barcelona, Acanalado, 2022.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «La transformación digital de la justicia civil», en *Digitalización de la Justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, (Dir. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.; CALAZA LÓPEZ, S.), Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2022.
- PICKERING, A., «Practice and posthumanism: social theory and a history of agency», en SCHATZKI, T.R./KNORR CETINA, K.K./VON SAVIGNY, E., *The practice turn in contemporary theory*, London, Ed. Routledge, 2001.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., «Ejecución forzosa. Conceptos generales y título ejecutivo», en *Proceso Civil. Derecho Procesal II.*, (con GÓMEZ COLOMER; BARONA VILAR; ESPARZA LEIBA; ETXEBERRÍA GURIDI; MARTÍNEZ GARCÍA), Valencia, Tirant lo Blanch, 3ª ed., 2023.
- RIBA TREPAT, C., «La investigación judicial en la nueva ejecución civil», en la obra *La ejecución civil: problemas actuales*, (ed. CACHÓN CÁRDENAS, M. y PICÓ JUNOY, J.), Barcelona, Atelier, 2008.
- ROSA, H., *Alienación y aceleración. Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía*, Madrid, Katz, 2016.
- ROSSBERGER, R., «Digitale Transformation: Kultur, Strategie und Technologie», en la obra *Gestaltung und Management der digitalen Transformation. Ökonomische, kulturelle, gesellschaftliche und technologische Perspektiven*, editada por FÜRST, R.A., Wiesbaden, 2019.

- RUIZ DE LA FUENTE, M.C., «El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes», en *La ejecución civil: problemas actuales*, (ed CACHÓN CADENAS, M. y PICÓ JUNOY, J.), Barcelona, Atelier, 2008.
- SADIN, E., *La humanidad aumentada. La administración digital del mundo*, Buenos Aires, Ed Caja Negra, 2017.
- SADIN, E., «La inteligencia artificial: el superyó del siglo XXI», *Revista Nueva Sociedad*, n 279, enero-febrero 2019.
- SADIN, E., *La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical*, Buenos Aires, Caja Negra, 2020.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, B., *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, Madrid, 2019.
- SCHWAB, K., *La cuarta revolución Industrial*, Barcelona, Ed. Debate, 4 ed., 2018.
- SOLAR CAYÓN, J.I., «La codificación predictiva: inteligencia artificial en la averiguación procesal de los hechos relevantes», en *Anuario Facultad de derecho-Universidad de Alcalá XI-2018*.
- SURDEN, H., «Artificial Intelligence and Law: An Overview», *Georgia State University Law Review*, Vol. 35, Issue 1, 2019.
- WIENER, N., *MENSCH UND MENSCHMASCHINE*, Frankfurt, Alfred Metzner Verlag, 1952, 4º ed.

V | El éxito de la entidad especializada: nuevos horizontes en el concurso de acreedores¹

Elisabet Cerrato Guri²

Roser Casanova Martí

Profesoras de Derecho Procesal
Universitat Rovira i Virgili

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES. 2. INTRODUCCIÓN. 3. LA SUBASTA EN EL SISTEMA JUDICIAL DE EJECUCIÓN. 3.1. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LAS SUBASTAS JUDICIALES EN CATALUÑA 3.2. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LAS SUBASTAS JUDICIALES EN TARRAGONA. 4. LA REALIZACIÓN POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA COMO ALTERNATIVA A LA SUBASTA JUDICIAL. 4.1. REGULACIÓN LEGAL. 4.2. PROPUESTA DE APLICACIÓN PRÁCTICA. 4.3. ¿Y EN EL CONCURSO DE ACREEDORES? 5. REFLEXIÓN FINAL.

1. Antecedentes

La temática que hemos escogido para realizar este trabajo es la ejecución civil por ser una de las principales líneas de investigación del profesor Cachón, sobre la que ha realizado numerosos e innovadores estudios que lo han consagrado como una de las máximas autoridades de nuestro país en esta materia³.

El profesor Cachón ha sabido transmitir a sus discípulos su pasión por la ejecución civil, uno de los ámbitos más complejos y eludidos del Derecho Procesal, y ello lo ha conseguido con estudio y dedicación, a la vez que dirigiendo diver-

1. El presente trabajo se enmarca en el Grup de Recerca de la Generalitat de Catalunya «Retos del Derecho Procesal (ReDePro)», con número de expediente 2021 SGR 00991, cuyo investigador principal es el profesor Joan Picó i Junoy.

2. Nuestro más sincero agradecimiento al profesor Cachón por estar presente en nuestra carrera académica en la Universitat Rovira i Virgili y transmitirnos no solo sus enseñanzas, sino por compartir con nosotras su sabiduría y pasión por el Derecho Procesal. Le dedicamos este trabajo con el deseo de aportar nuestro granito de arena a esta obra homenaje.

3. Queremos destacar la obra de referencia: CACHÓN CADENAS, M.J., *La ejecución procesal civil*, 2a ed., Atelier, 2018.

sos y prolíferos proyectos de investigación. Precisamente, el trabajo que ahora presentamos encuentra su razón de ser en uno de estos proyectos, del que derivó la tesis doctoral de la profesora Cerrato⁴, dedicada al estudio de la realización por persona o entidad especializada como mecanismo más eficaz para la enajenación forzosa de los bienes en el proceso de ejecución civil. Pese a las dificultades advertidas ya en aquel entonces para la efectiva puesta en funcionamiento de esta forma de apremio alternativa a la subasta judicial, quien dirigió aquella tesis, el profesor Picó, siempre supo ver el potencial de esta figura, para lo que en más de una ocasión animó a la profesora Cerrato a ponerla en práctica. Una oportunidad de oro que no se podía dejar escapar.

Partiendo de la máxima de que una de las principales finalidades de toda investigación científica es su transferencia a la sociedad para intentar dar soluciones a problemas reales, junto con la profesora Casanova, quien no dudó en sumarse al proyecto, nos pusimos manos a la obra para afrontar uno de los graves problemas de la Administración de Justicia: la inoperancia de la ejecución civil, especialmente en su fase de apremio, para lo que era ineludible dar un paso más del estrictamente académico que permitiera extender el conocimiento adquirido en la universidad a la sociedad. Fue así como fundamos la primera *spin-off* en el ámbito de las ciencias jurídicas de la Universitat Rovira i Virgili en 2017 para poner en funcionamiento la figura inicialmente regulada en el art. 641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), esto es la realización por persona o entidad especializada, logrando de este modo el esperado impacto social⁵.

Nos proponemos ahora compartir esta experiencia, cuyo responsable inicial ha sido nuestro querido profesor Cachón.

4. CERRATO GURI, E., *La ejecución civil privada: realización por persona o entidad especializada: estudio del artículo 641 de la LEC*, J.M. Bosch Editor, 2008.

5. La relevancia del tema investigado mereció el apoyo de la Unidad de Valorización de la Fundación URV, de su centro de transferencia y tecnología y de la Cátedra sobre el Fomento del Emprendimiento y la Creación de Empresas de la URV para la creación de una *Spin-off*, a través de la concesión del proyecto: «La ejecución civil privada: realización por persona o entidad especializada» (2016R2B-01). Destacan, además, la Beca concedida por el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya para realizar un estudio sobre la ejecución civil privada (2019); y el premio del Consell Social de la Universitat Rovira i Virgili a l'Impacte Social de la Recerca (2020), modalidad *ex post*, con la propuesta «L'impacte de la recerca en execució hipotecària com a motor per potenciar noves dinàmiques als tribunals de justícia». Vid. CERRATO GURI, E. y CASANOVA MARTÍ, R., «LitiGest, una spin-off de la URV en expansió», *Newsletter de la Cátedra UNESCO de Vivienda de la Universitat Rovira i Virgili*, núm.11, 2019, pp. 22-23 (<http://housing.urv.cat/wp-content/uploads/2019/07/HousingCHURV11.pdf>).

2. Introducción

El presente estudio pone su foco inicial en la necesaria mejora de nuestro sistema de ejecución civil y, en especial, la ejecución hipotecaria, por las desastrosas consecuencias que pueden derivarse de una mala actuación en perjuicio de los intereses, no sólo de la parte ejecutada, sino también de la ejecutante. Esta realidad viene, en buena medida, provocada por la perpetuación de la subasta judicial como forma ordinaria de apremio, que se ha acentuado todavía más con la entrada en escena de la subasta electrónica, dejando al margen cualquier otra opción alternativa para la realización forzosa de los bienes que nuestro sistema procesal contempla ya desde el año 2000, y que en la actualidad siguen siendo grandes desconocidas del proceso de ejecución.

Esta figura ha sido objeto de numerosos estudios doctrinales⁶ que la avalan como más beneficiosa que la subasta judicial, incluso tras las sustanciales mejoras introducidas en 2015⁷, esencialmente enfocadas a erradicar los graves problemas derivados de su presencialidad —en concreto, la ausencia de publicidad y consiguiente falta de concurrencia y participación—, y la limitación de acceso, por la obligación de asistir en un lugar, día y hora determinados; todo ello, al margen de la «rigidez del procedimiento de la subasta presencial pues adolece de un rigor formalista hoy superado»⁸. De este modo, la subasta electrónica se implanta con el fin de conseguir un procedimiento más transparente y «la obtención del mayor rendimiento posible de la venta de los bienes»⁹. Ello debiera ser posible en la medida que esta nueva modalidad de subasta judicial permite, en términos del propio legislador, «multiplicar la publicidad de los procedimientos, facilitar información casi ilimitada tanto de la subasta como del bien y, lo más importante, pujar casi en cualquier momento y desde cualquier lugar, lo que genera un sistema más eficiente para todos los afectados». En definitiva, lo que se pretende es dar a la ciudadanía una res-

6. Destacamos los trabajos de CASANOVA MARTÍ, R. y CERRATO GURI, E., «¿Es posible una realización forzosa eficaz en el proceso de ejecución hipotecaria?», en *Los contratos de crédito inmobiliario*, K.J. Albiez y M.L. Moreno (dir.), Aranzadi, 2017, pp. 1169-1178; y, *La realización por persona o entidad especializada: una alternativa a la ineficaz subasta judicial*, en la Newsletter de la Cátedra UNESCO de Vivienda de la URV, núm.7, 2017, pp. 23-26; y los trabajos de CERRATO GURI, E.: «La privatización del apremio judicial: uno de los grandes retos del proceso de ejecución civil», en *Logros y retos de la justicia civil en España*, Jiménez, Banacloche y Gascón (dirs.), Tirant lo Blanch, 2023, pp. 415-426, y «Cómo lograr la efectividad de la ejecución judicial civil a través de la activación de fórmulas de apremio alternativas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 784, marzo-abril, 2021, pp. 991-1023.

7. Estas se producen con la entrada en vigor de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015), que en su artículo primero modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para introducir la subasta electrónica.

8. Estos inconvenientes se ponen de manifiesto en el punto I de la Exposición de Motivos de la Ley 19/2015.

9. Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 19/2015.

puesta más ágil y eficaz, además de descongestionar a nuestros tribunales de justicia.

La exigencia legislativa de realizar las subastas de forma electrónica ha comportado que desde enero de 2016 se lleven a cabo a través del nuevo portal electrónico de subastas de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado¹⁰. Tenemos que reconocer que este importante esfuerzo ha mejorado el fallido sistema de subasta presencial. A pesar de ello, los datos que pueden consultarse en el Portal de Subastas Electrónicas del BOE muestran que aun en demasiadas ocasiones no se consigue dar respuesta a todas las circunstancias que pueden plantearse en un proceso de ejecución¹¹.

Para ver cómo podemos afrontar esta realidad, en primer lugar queremos aproximarnos al funcionamiento de las subastas judiciales (periodo 2016 a 2014, que se corresponde con los años de vigencia de la subasta electrónica) celebradas en Cataluña. Y, en segundo lugar, explicar cómo hemos llevado a cabo la activación y puesta en funcionamiento de una entidad especializada como forma alternativa de apremio, y cuándo puede utilizarse en substitución de la subasta judicial.

3. La subasta en el sistema judicial de ejecución

3.1. Análisis estadístico de las subastas judiciales en Cataluña

El predominio de la subasta judicial en la fase de apremio de nuestro proceso de ejecución civil justifica que la primera cuestión que debamos plantearnos sea la de su operatividad práctica. Como hemos indicado en el punto anterior, nos fijamos en el territorio de Catalunya, que se plantea como el preludio de lo que posteriormente vamos a encontrar a nivel local (poniendo especial atención a lo que sucede en la provincia Tarragona).

10. Según destaca el punto II de la Exposición de Motivos de la Ley 19/2015, «el Gobierno, en el Consejo de Ministros de 21 de junio de 2013, aprobó el informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas en el que se analizó, como una de las medidas a adoptar, la creación en la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de un Portal Electrónico de Subastas para su celebración, a fin de lograr una mayor simplificación administrativa evitando, al mismo tiempo, el solapamiento de procedimientos mediante la reutilización de los medios disponibles».

11. Ello encuentra reflejo en los medios de comunicación, siendo de destacar la reciente noticia de 5 de septiembre de 2024: [Subastas Judiciales Desiertas; Un Tesoro Oculto de Oportunidades de Inversión \(gironanoticias.com\)](#), consultada el 23 de septiembre de 2024.

Año	Número de subastas celebradas en Cataluña	Concluidas con puja	Éxito
2016	3.972	867	21,3%
2017	5.356	1.256	23,5%
2018	3.872	1.303	33,7%
2019	3.143	1.112	35,4%
2020	2.105	758	36%
2021	2.710	1.056	39%
2022	2.448	1.020	41,7%
2023	2.545	1.055	41,5%
2024 ¹²	1.441	554	38,4%

*Tabla de creación propia¹³

De los datos estadísticos examinados alcanzamos las siguientes dos evidencias: de un lado, el descenso progresivo del número de subastas celebradas en Catalunya —probablemente debido al colapso de la Administración de Justicia¹⁴ y a la reducción del número de ejecuciones hipotecarias¹⁵— y, del otro lado, al aumento significativo, año tras año, de casos que se resuelven positivamente por la vía de la subasta electrónica. No nos deja indiferentes que en 2016 la

12. Debe tenerse en cuenta que los datos relativos a 2024 no son absolutos ya que no consta aún estadística judicial al respecto. Siendo esto así, los datos han sido extraídos del portal subastas del BOE, fijándose como fecha de búsqueda entre el 01.01.2024 y el 18.09.2024. Consultado en [Portal de Subastas Electrónicas \(boe.es\)](#) el 18 de septiembre de 2024.

13. Para su elaboración hemos consultado los datos en la Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial, en concreto la actividad del portal de subastas electrónicas del BOE por años y concluidas por provincias. Hemos tenido en cuenta los datos relativos a las provincias de Barcelona, Lleida, Girona y Tarragona. Consultado en [Actividad Portal Subastas judiciales electronicas | CGPJ | Temas | Estadística Judicial | Estadística por temas | Actividad de los órganos judiciales \(poderjudicial.es\)](#), el 18 de septiembre de 2024.

14. El colapso de los tribunales aumenta en 2023, habiendo un 17% más de asuntos pendientes de resolución. Además, se produce un incremento de casi el 5% de nuevos procedimientos que ingresan en los órganos judiciales. De ello se hace eco la prensa: [El colapso de los tribunales se cronifica con un 17% más de asuntos pendientes de resolución en 2023 \(larazon.es\)](#), y [Radiografía de una Justicia española tan lenta como colapsada \(eldiario.es\)](#), noticias consultadas el 24 de septiembre de 2024. Asimismo, del último informe publicado en el CGPJ sobre la actividad de los órganos jurisdiccionales (2023) se desprende el aumento constante de asuntos pendientes que quedan al final del año, vid. [Justicia Dato a Dato | CGPJ | Temas | Estadística Judicial | Estadística por temas | Actividad de los órganos judiciales | Juzgados y Tribunales \(poderjudicial.es\)](#), p. 49, consultado el 24 de septiembre de 2024.

15. La reducción es más que evidente de los últimos datos que pueden consultarse en la estadística judicial del CGPJ. En concreto, el número de ejecuciones hipotecarias registradas en Catalunya en 2016 era de 11.195 frente a 4.749 en 2022. Cfr. [Estadística sobre Ejecuciones Hipotecarias | CGPJ | Temas | Estadística Judicial | Estadística por temas | Información socioeconómica relacionada con la Administración de Justicia | Estadísticas y encuestas \(poderjudicial.es\)](#), consultado el 24 de septiembre de 2024.

tasa de éxito fuera de 21,3%, y que en 2023 esta cifra se haya casi duplicado, alcanzando el 41,5%.

Así las cosas, pese a la mejora de las subastas judiciales electrónicas desde su puesta en funcionamiento, es difícil sostener que estemos ante un mecanismo eficiente para la ejecución civil en la medida que casi el 60% de las subastas celebradas en Catalunya no obtiene éxito (probablemente ello es debido a las peculiaridades de determinados bienes, como es la realización de solo una parte indivisa del mismo; a la existencia de un derecho real; o al su estado de conservación).

Además, no debemos confundir éxito con rentabilidad de las subastas. Así, el hecho de que la subasta acabe obteniendo puja para nada significa que sea rentable. A esta conclusión llegamos tras consultar el propio Portal de Subastas del BOE destacando, sin ir más lejos, el ejemplo de la última subasta celebrada en Catalunya el 17 de septiembre de 2024; en concreto, se trata de un bien inmueble tasado por 301.291,72€ que se adjudica por 125.000€, lo que implica su devaluación en casi un 60% (nótese que la cantidad reclamada en esta ocasión era de 92.040,89€)¹⁶.

Todo ello justifica que siga siendo necesario un mecanismo eficaz, no solo para dar salida a los bienes inmersos en un proceso de ejecución —a los que en algunos casos sí da respuesta la subasta judicial—, sino que finalice la sistemática devaluación de estos, logrando su mejor rentabilidad.

3.2. Análisis estadístico de las subastas judiciales en Tarragona

En particular, los datos de la provincia de Tarragona son aún peores que el resto de Catalunya:

Tarragona: estado de la subasta judicial en 2024	Número de subastas judiciales
Todas	284
Desiertas: sin puja	181
Concluidas con puja	84
Canceladas	17
Suspendidas	2

**Tabla de creación propia¹⁷*

16. [Portal de Subastas Electrónicas \(boe.es\)](https://portal.subastas.boe.es), consultado el 20 de septiembre de 2024.

17. Se analizan datos relativos a 2024 por lo que, de nuevo, debe señalarse que no son absolutos ya que no consta aún estadística judicial al respecto. Siendo esto así, los datos han sido extraídos del portal subastas del

Así, en la provincia de Tarragona se han celebrado, en lo que llevamos de año, 284 subastas judiciales de las cuales 181 han quedado desiertas (63,7%), y solo 84 han concluido con puja (29,6%). Esto demuestra, también a nivel local, la inoperatividad de nuestro sistema judicial para enajenar bienes y refuerza la necesidad de buscar otras opciones más eficaces capaces de satisfacer los intereses de todos los intervinientes en el proceso de ejecución.

Los malos resultados registrados en Tarragona, sumados a la circunstancia de que las autoras de este trabajo desarrollamos nuestra actividad académica y profesional en esta provincia, es lo que precisamente nos motivó a poner en funcionamiento la figura de la entidad especializada en este ámbito territorial, con la obtención de resultados interesantes, en especial en el ámbito concursal, tal y como desarrollaremos en los epígrafes siguientes.

4. La realización por persona o entidad especializada como alternativa a la subasta judicial

4.1. Regulación legal

Con anterioridad a la reciente publicación de la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia, el art. 641 LEC establecía, como alternativa a la subasta judicial, la intervención de una persona o entidad ajena a la ejecución y especializada en el mercado donde se comercialice el bien embargado para que se encargue (en lugar del órgano judicial) de su enajenación. Se pretendía con ello potenciar un sistema de apremio capaz de alcanzar la máxima rentabilidad de los bienes embargados y, por ende, la mayor eficacia de nuestro sistema de ejecución civil. Esta forma de realización forzosa se manifiesta más beneficiosa que el sistema de subasta judicial, por distintos motivos: la obtención de mejores precios de realización en beneficio de todas las partes de la ejecución; la previsión de una tramitación procedimental más ágil y flexible, adaptable a las circunstancias de cada caso; y, la descarga de trabajo de los juzgados que, sin desvincularse de la ejecución, dejan de asumir una parte importante de la misma.

Sin embargo, la realidad práctica evidencia que a fecha de hoy esta figura sigue sin aplicarse, inclusive tras las reformas introducidas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre y la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que no mejoran su originaria deficiente regulación en la medida que continúan sin resolverse cuestiones

BOE, fijándose como fecha de búsqueda las subastas judiciales entre el 01.01.2024 y el 18.09.2024 del ámbito territorial de la provincia de Tarragona. Consultado en [Portal de Subastas Electrónicas \(boe.es\)](https://portal.subastas.boe.es), el 18 de septiembre de 2024.

tales como el descuido de la intervención de posibles terceros interesados en esta forma de realización forzosa; la omisión del plazo para instar la solicitud; la falta de regulación del acto de la comparecencia; la aceptación del encargo; el procedimiento por el que el órgano judicial rechaza la realización del encargo; la inconcreción de la rendición de cuentas la aceptación del encargo de realización por el especialista o el pago de honorarios al especialista por su intervención y su posible imputación en costas.

Así la regulación de esta modalidad de realización forzosa de los bienes presentaba la siguiente redacción:

«Artículo 641. Realización por persona o entidad especializada.

1. A petición del ejecutante o del ejecutado con consentimiento del ejecutante y cuando las características del bien embargado así lo aconsejen, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución podrá acordar, mediante diligencia de ordenación, que el bien lo realice persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden esos bienes y en quien concurren los requisitos legalmente exigidos para operar en el mercado de que se trate.

También podrá acordar el Letrado de la Administración de Justicia, cuando así se solicite en los términos previstos en el párrafo anterior, que el bien se enajene por medio de entidad especializada pública o privada. Cuando así se disponga, la enajenación se acomodará a las reglas y usos de la casa o entidad que subasta o enajene, siempre que no sean incompatibles con el fin de la ejecución y con la adecuada protección de los intereses de ejecutante y ejecutado.

A estos efectos, los Colegios de Procuradores podrán ser designados como entidad especializada en la subasta de bienes.

2. En los casos del apartado anterior, la persona o entidad especializada deberá prestar caución en la cuantía que el Letrado de la Administración de Justicia determine para responder del cumplimiento del encargo. No se exigirá caución cuando la realización se encomiende a una entidad pública o a los Colegios de Procuradores.

3. La realización se encomendará a la persona o entidad designada en la solicitud, siempre que reúna los requisitos legalmente exigidos. En la misma resolución se determinarán las condiciones en que deba efectuarse la realización, de conformidad con lo que las partes hubiesen acordado al respecto. A falta de acuerdo, los bienes no podrán ser enajenados por precio inferior al 50 por ciento del avalúo. Cuando las características de los bienes o la posible disminución de su valor así lo aconsejen el Letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución, con consentimiento del ejecutante, podrá designar como entidad especializada para la subasta al Colegio de Procuradores en donde con arreglo a lo dispuesto en el artículo 626 se encuentren depositados los bienes muebles que vayan a realizarse.

A tal efecto, se determinarán reglamentariamente los requisitos y la forma de organización de los servicios necesarios, garantizando la adecuada publicidad de la subasta, de los bienes subastados y del resultado de la misma.

No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los bienes a realizar sean inmuebles, la determinación de la persona o entidad a la que vaya a confiarse la realización y la de las condiciones en que ésta deba efectuarse, será realizada

previa comparecencia a la que serán convocadas las partes y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados. El Letrado de la Administración de Justicia resolverá por medio de decreto lo que estime procedente, a la vista de las manifestaciones de quienes asistan a la comparecencia, pero no podrá autorizar que la enajenación se realice por precio inferior al 70 por ciento del valor que se haya dado al inmueble con arreglo a lo previsto en el artículo 666, salvo que conste el acuerdo de las partes y de todos los interesados, hayan asistido o no a la comparecencia.

4. Tan pronto como se consume la realización de los bienes se procederá por la persona o entidad correspondiente a ingresar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la cantidad obtenida, descontando los gastos efectuados y lo que corresponda a aquéllas por su intervención. El Letrado de la Administración de Justicia deberá aprobar la operación o, en su caso, solicitar las justificaciones oportunas sobre la realización y sus circunstancias. Aprobada la operación, se devolverá la caución que hubiese prestado la persona o entidad a la que se haya encomendado la realización.

5. Cuando, transcurridos seis meses desde el encargo, la realización no se hubiera llevado a cabo, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto revocando el encargo, salvo que se justifique por la persona o entidad a la que se hubiera efectuado éste que la realización no ha sido posible en el plazo indicado por motivos que no le sean imputables y que, por haber desaparecido ya dichos motivos o por ser previsible su pronta desaparición, el encargo podrá cumplimentarse dentro del plazo que se ofrezca y que no podrá exceder de los siguientes seis meses. Transcurrido este último plazo sin que se hubiere cumplido el encargo, el Letrado de la Administración de Justicia revocará definitivamente éste.

Revocado el encargo, la caución se aplicará a los fines de la ejecución, salvo que la persona o entidad que la hubiese prestado acredite que la realización del bien no ha sido posible por causas que no le sean imputables».

A pesar de todo, seguimos pensando que estamos ante un mecanismo de apremio capaz de dar muy buenos resultados si se logra introducir e impulsar en la práctica de nuestros tribunales como forma ordinaria de apremio o, cuanto menos, si alcanza a aplicarse a aquellos supuestos a los que no llega la su-basta. Veremos si lo consigue la reciente reforma introducida por la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia, que suprime los arts. 641 y 642 LEC, para reubicar la realización por persona o entidad especializada en el marco de la regulación del convenio de realización del art. 640 LEC.

4.2. Propuesta de aplicación práctica

Las carencias del precepto anteriormente analizado no han impedido nuestro propósito de poner en funcionamiento una entidad especializada con el objetivo de demostrar que es posible una más rentable forma de enajenar bienes

judicializados en beneficio de todos los protagonistas del proceso de ejecución¹⁸. Esta experiencia nos ha permitido entrar en contacto con la práctica y problemática diaria de nuestros tribunales de justicia en la aplicación del art. 641 LEC (por cierto, gran desconocido entre los operadores judiciales, incluso en el ámbito de los letrados de la administración de justicia), que se concreta en los siguientes extremos¹⁹:

- a) En primer lugar es necesario contar con la voluntad del acreedor para activar esta vía alternativa de realización forzosa. Pero el análisis de la experiencia práctica nos ha permitido detectar que la iniciativa incluso podría proceder del propio letrado de la Administración de Justicia cuando este considerase que estamos ante la mejor opción para la solución de la ejecución, en cuyo caso, podría activar esta forma de apremio al margen de la voluntad de las partes. Además, en aras a potenciar el uso de este mecanismo de apremio sería muy recomendable que al tiempo de iniciar la fase de apremio el letrado responsable de la ejecución informase a las partes y posibles interesados de su existencia para que, como mínimo, pudieran valorar la vía de apremio más adecuada a sus intereses y no sucumbir a la habitualidad de la subasta judicial.
- b) La designación de la persona o entidad especializada es un aspecto que mejorar de nuestra norma procesal pues, a diferencia de lo que sucede con la revocación del encargo de realización —que claramente se llevará a cabo a través de decreto, en atención a lo dispuesto en el artículo 641.5 LEC—, en este caso permanecen inconcretos el momento y la resolución procesal oportuna. Por ello, la actuación de los letrados de la Administración de Justicia carece de uniformidad en este punto. Así, partiendo de nuestra propia experiencia práctica, por una parte destacamos los profesionales que acuden a la diligencia de ordenación tanto para dirigirse a la entidad especializada y plantearle la aceptación del encargo, como para determinar la cuantía y el plazo para hacer efectivo el pago de la caución; por otra parte, los que designan a la entidad especializada propuesta a través de decreto, que coincide con la misma decisión donde también se concretan los extremos de la venta y el plazo para llevarla a cabo. E incluso, los letrados que con carácter previo optan por remitir un oficio a la entidad especializada propuesta para que manifieste su disponibilidad y

18. Esta forma de apremio puede asimismo aplicarse a la ejecución hipotecaria en virtud del art. 691.6 LEC (Vid. CERRATO GURI, E., «La privatización del apremio judicial: uno de los grandes retos del proceso de ejecución civil», en *Logros y retos de la justicia civil en España*, Jiménez, Banacloche y Gascón (dirs.), Tirant lo Blanch, 2023, pp. 415-426). En este contexto, en el ámbito doctrinal se ha planteado también su aplicación en la venta extrajudicial de bienes hipotecados (Vid. CASANOVA MARTÍ, R., «La venta extrajudicial de inmuebles hipotecados: ¿posible aplicación del artículo 641 LEC?», *Anales de Derecho*, núm. 39, 2021, pp. 1-28).

19. Vid. CERRATO GURI, E., «Cómo lograr la...», ob. cit., pp. 1012-1014.

- aceptación a llevar a efecto la venta del bien ejecutado o bien indique su renuncia a tal encargo.
- c) En el caso de bienes inmuebles (la mayoría) el art. 641.3 LEC exige, previa designación del especialista, la convocatoria de una comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia de «las partes y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados» aunque, como hemos podido comprobar, en realidad este acto procesal no siempre se celebra. En concordancia con lo dispuesto en el artículo 641.1 LEC, que de entrada hace depender la viabilidad de esta alternativa de realización forzosa de la voluntad del ejecutante, será imprescindible la asistencia a dicha comparecencia del ejecutante (o de su procurador) y recomendable (aunque totalmente prescindible) la del ejecutado y de la entidad especializada, pues es en este acto procesal donde se van a fijar los extremos esenciales de la venta. Sobre estos, es de destacar el protagonismo del precio mínimo por el que se va a poder materializar la enajenación que, en defecto de pacto expreso entre las partes y todos los interesados —hayan o no asistido a la comparecencia—, deberá respetar el 70% del valor del inmueble.
 - d) La admisión de la intervención de una persona o entidad especializada para la venta del bien litigioso por el LAJ tendrá como consecuencia directa la evitación o paralización de la subasta judicial, dependiendo del momento en que tenga lugar su solicitud.
 - e) La norma procesal elude la previsión de un trámite de aceptación por la persona o entidad especializada para intervenir en la venta del bien, que entendemos debería materializarse con el ingreso de la preceptiva caución —cuyo importe y plazo de entrega determinará el LAJ— a la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, para garantizar su responsable intervención. Sin embargo, la dispar práctica forense demuestra que ello no siempre es así, ya que en algunas ocasiones se notifica a la entidad especializada el inicio del plazo para realizar la venta antes de la prestación de caución.
 - f) Pese al silencio del precepto, será imprescindible la mediación que pueda hacer el especialista con la parte deudora para acceder al bien litigioso y facilitar su posterior venta (así, por ejemplo, si se trata de un inmueble, tener la posibilidad de fotografiar su interior y concertar visitas con el visto bueno y colaboración del deudor).
 - g) Siguiendo el dictado de la ley, el plazo para realizar la venta será de seis meses, transcurrido el cual la persona o entidad especializada deberá informar al juzgado sobre su éxito a los motivos por los que esta no ha podido culminar, en cuyo caso, y siempre que se consideren no imputables a su persona, podrá prorrogarse el plazo inicial por seis meses más. Transcurrido este segundo plazo sin haber vendido el bien, el LAJ dictará un decreto revocando el encargo de enajenación. En este punto, se plantea el problema de la concreción del *dies a quo* o cómputo inicial del referido plazo de seis

meses, y que el legislador ha tenido a bien tratar con el silencio, lo que explica la actuación dispar de los letrados de la Administración de Justicia en la práctica. Así, por una parte, encontramos actuaciones que toman como referencia la fecha de la diligencia de ordenación o decreto en la que se tiene por consignada la caución de la entidad especializada, para empezar a computar el referido plazo de seis meses. En cambio, otros letrados entienden que el plazo empieza a computar en un momento anterior, que coincide con la fecha de la resolución por la que se designa a la entidad especializada para que, en caso de aceptar el encargo, proceda a la prestación de la caución exigida. Incluso, en este punto es preciso destacar la particularidad de los casos en los que se concede la posesión interina de la finca o bien hipotecado (art. 690.1 LEC), en los que el *dies a quo* se traslada al momento en el que se materializa la toma de posesión.

- h) En último lugar, una vez realizada la venta, el especialista deberá ingresar en la Cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, la cantidad obtenida, descontando los gastos y honorarios de su intervención. Para ello, la entidad especializada debe presentar la operación con la correspondiente documentación acreditativa para que pueda revisarla el LAJ y, en su caso, aprobarla a través de decreto. Finalizado este trámite, el órgano judicial procederá a la devolución de la caución.

En caso contrario, la no realización del encargo comportará, por un lado, que el LAJ revoque el encargo y devuelva la caución al especialista si justifica su imposible realización por causas que no le sean imputables; y, por otro, la activación de la subasta judicial.

4.3. ¿Y en el concurso de acreedores?

Las incertezas que afectan a la realización forzosa a través de una entidad especializada como mecanismo de apremio alternativo a la subasta judicial constatan su poco recorrido en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias, lo que ha motivado la exploración de otros ámbitos de actuación, como el concursal, donde se ha potenciado la intervención de la entidad especializada a partir del art. 216 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC), que concede expreso reconocimiento a la enajenación a través de persona o entidad especializada, para activarla en cualquier estado del concurso o cuando la subasta quede desierta, con la autorización del órgano judicial²⁰.

20. Este reconocimiento se mantiene tras la modificación del precepto por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. Ref. BOE-A-2022-14580.

En este contexto la intervención de la entidad especializada se desarrolla con mayor eficacia y seguridad para todas las partes del concurso²¹, incluso tras la reforma de 2022. Sin duda, ello es posible gracias al plan de liquidación, cuya eficacia en el ámbito que ahora nos ocupa encuentra amparo en la interpretación conjunta de los arts. 707.3 y 707.6 TRLC. Así, cuando se abra el procedimiento especial de liquidación, el administrador concursal deberá presentar un plan de liquidación donde exponga, motivadamente, el tiempo y forma para liquidar los activos. Es precisamente esta motivación la que va a permitir al administrador concursal proponer la entidad especializada como mecanismo de realización de los bienes y el modo de su actuación. Para su ejecución, el plan de liquidación deberá contar con la preceptiva aprobación judicial a través de auto.

En consecuencia, observamos que el legislador sigue contemplando la entidad especializada como mecanismo complementario para la realización de los bienes concursados e introduce, como novedad, que la vía principal para la liquidación de estos bienes —en la línea de las subastas electrónicas— sea prioritariamente la denominada «Plataforma electrónica de liquidación de bienes» (art. 708.3 TRLC)²². A tal fin, el legislador se comprometió a su puesta en marcha, por parte del Ministerio de Justicia, antes de la entrada en vigor del libro tercero del TRLC (el 1 de enero de 2023). Sin embargo, a fecha de hoy esta plataforma se encuentra todavía en fase de desarrollo pues únicamente sirve para publicitar solo algunos bienes (y no de todas las provincias). Por lo tanto, aún está lejos de conseguir su propósito²³.

Por consiguiente, creemos que tiene pleno encaje en la regulación actual concursal la liquidación de los bienes a través de entidad especializada, que en la

21. Así lo ha reconocido la doctrina científica más reciente: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «La realización de bienes a través de entidad especializada: análisis crítico y propuestas de mejora», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2024, pp. 91-116; y CERRATO GURI, E., «La privatización del apremio judicial: uno de los grandes retos del proceso de ejecución civil», en *Logros y retos de la justicia civil en España*, Jiménez, Banacloche y Gascón (dirs.), Tirant lo Blanch, 2023, pp. 415-426.

22. La plataforma electrónica de liquidación de bienes se prevé en la Disposición adicional segunda de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, con el objetivo de convertirse en un portal público electrónico para la venta de los activos de las empresas en liquidación, que incluirá un catálogo integrado por los bienes que vayan siendo añadidos a través de comunicación por los deudores o por los administradores concursales tras la apertura de un procedimiento especial de liquidación. Vid. [Plataforma de Liquidación de Bienes — Servicio Público de Justicia \(administraciondejusticia.gob.es\)](https://www.administraciondejusticia.gob.es); [Inicio — plabi.es \(justicia.es\)](https://plabi.es), consultado el 27 de septiembre de 2024.

23. En esta línea, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., *Píldoras sobre la reforma del texto refundido de la Ley Concursal (Ley 16/2022). Análisis crítico con enfoque práctico*, Tirant lo Blanch, 2023, señala que «aunque formalmente ha entrado en vigor el nuevo procedimiento —ya que no se ha prolongado legalmente su *vacatio*— y se ha aprobado la normativa de desarrollo (...), en la práctica, se viene a reconocer que uno de los dos ejes principales sobre el que pivota todo el procedimiento —la plataforma electrónica de liquidación de bienes— no funciona (ni se sabe cuándo va a funcionar) y, por ello deberá seguir realizándose la liquidación de la masa activa de las microempresas mediante entidad especializada».

práctica se demuestra mucho más ágil y eficaz que en el proceso singular de ejecución. Y de ello se han percatado los operadores judiciales, siendo ahora de destacar la sentencia del Juzgado Mercantil de Madrid, de 11 de diciembre de 2021²⁴, por su claro razonamiento expositivo. En este caso puede observarse como el auto judicial que aprobó el plan de liquidación —que optaba por la entidad especializada en tanto que «es una de las posibilidades recogidas en la ley de manera alternativa, sin que se haya justificado suficientemente por la alegante el motivo por el cual haya de preferirse una sobre la otra»—, se vio en la necesidad de adecuar el contenido de art. 641 LEC para aptarlo a la liquidación en el seno del proceso concursal.

Y, es más, podemos constatar de primera mano que, más allá de su utilización práctica, la entidad especializada funciona en el terreno concursal. Pasamos a continuación a compartir nuestra experiencia actuando como entidad especializada, en colaboración con diversas administraciones concursales de la provincia de Tarragona. Para ello, nos fijamos en los 22 expedientes en los que hemos sido designadas como entidad especializada durante período 2021 – 2024, con los siguientes resultados: de los 17 expedientes que ya han finalizado su tramitación, observamos que 10 lo han hecho con éxito y solo 7 han fracasado, esto es, no han conseguido realizar el bien objeto de liquidación. Siendo esto así, se alcanza casi un 60% de éxito con esta forma de realización forzosa de los bienes en el concurso de acreedores²⁵.

5. Reflexión final

Casi un cuarto de siglo ha sido necesario para demostrar, a través de estudios jurídicos y de la transferencia del conocimiento académico a la sociedad, la eficacia y rentabilidad de la entidad especializada como forma de realización forzosa de los bienes; y debe remarcar-se que, al mismo nivel, y no de forma subsidiaria (como a fecha de hoy muchos siguen malinterpretando), que la subasta judicial. O, en otras palabras, que no se trata de un mecanismo de apremio de segunda. Cabrá ver si con la última reforma operada por la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia, la opción del legislador de regular la figura de la persona o entidad especializada dentro del convenio de realización, lo que pasa por la supresión de los arts. 641 y 642 LEC, facilita su aplicación más allá del ámbito concursal.

24. (JUR\2022\89439), f.j. 3º.

25. Nótese que de los 5 expedientes en tramitación, 3 se encuentran en la fase final de adjudicación y ya cuentan con la aprobación de la autoridad judicial, lo que nos hace augurar el éxito de los mismos (dos por venta directa y uno por subasta privada). Los otros 2 expedientes se encuentran en fase de venta directa, en plazo para recibir ofertas.

6. Bibliografía

- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «La realización de bienes a través de entidad especializada: análisis crítico y propuestas de mejora», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2024, pp. 91-116.
- CASANOVA MARTÍ, R., «La venta extrajudicial de inmuebles hipotecados: ¿posible aplicación del artículo 641 LEC?», *Anales de Derecho*, núm. 39, 2021, pp. 1-28.
- CACHÓN CADENAS, M.J., *La ejecución procesal civil*, 2a ed., Atelier, 2018.
- CERRATO GURI, E., «La privatización del apremio judicial: uno de los grandes retos del proceso de ejecución civil», en *Logros y retos de la justicia civil en España*, Jiménez, Banacloche y Gascón (dirs.), Tirant lo Blanch, 2023, pp. 415-426.
- CERRATO GURI, E., «Cómo lograr la efectividad de la ejecución judicial civil a través de la activación de fórmulas de apremio alternativas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 784, marzo-abril, 2021, pp. 991-1023.
- CERRATO GURI, E., *La ejecución civil privada: realización por persona o entidad especializada: estudio del artículo 641 de la LEC*, J.M. Bosch Editor, 2008.
- CERRATO GURI y CASANOVA MARTÍ, R., «¿Es posible una realización forzosa eficaz en el proceso de ejecución hipotecaria?», en *Los contratos de crédito inmobiliario*, K.J. Albiez y M.L. Moreno (dir.), Aranzadi, 2017, pp. 1169-1178.
- CERRATO GURI, E. y CASANOVA MARTÍ, R., «La realización por persona o entidad especializada: una alternativa a la ineficaz subasta judicial», *Newsletter de la Cátedra UNESCO de Vivienda de la Universitat Rovira i Virgili*, núm.7, 2017, pp. 23 a 26 (<http://housing.urv.cat/wp-content/uploads/2013/09/HousingCHURV7.pdf>), ISSN: 2386-2068.
- CERRATO GURI, E. y CASANOVA MARTÍ, R., «LitiGest, una spin-off de la URV en expansión», *Newsletter de la Cátedra UNESCO de Vivienda de la Universitat Rovira i Virgili*, núm.11, 2019, pp. 22 a 23 (<http://housing.urv.cat/wp-content/uploads/2019/07/HousingCHURV11.pdf>), ISSN: 2386-2068.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., *Píldoras sobre la reforma del texto refundido de la Ley Concursal (Ley 16/2022). Análisis crítico con enfoque práctico*, Tirant lo Blanch, 2023.

VI | Análisis jurídico de la actividad de la administración pública al impedir la ejecución de las sentencias condenatorias en el orden contencioso-administrativo¹

Eneko Etxeberria Bereziartua²
Profesor Agregado de Derecho Procesal
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL INCIDENTE DE INEJECUCIÓN. 2.1. LA LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER LA INEJECUCIÓN. 2.2. LA COLABORACIÓN INSTITUCIONAL Y EL PLAZO PARA PROMOVER LA INEJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. 2.2.1. La Administración como extensión del órgano judicial en la ejecución. 2.2.2. El plazo de espera mínimo para activar la ejecución. 2.2.3. El plazo para activar la inejecución. 2.3. LA DEMANDA DE INEJECUCIÓN. 2.4. CONTENIDO DE LA DEMANDA DE INEJECUCIÓN. 2.5. TRAMITACIÓN DE LA INEJECUCIÓN. 3. LOS MOTIVOS PARA PLANTEAR LA INEJECUCIÓN. 3.1. LA IMPOSIBILIDAD MATERIAL O LEGAL DE EJECUTAR LA SENTENCIA. 3.1.1. La actividad material de la Administración contra los pronunciamientos de la sentencia. 3.1.2. La actividad normativa de la Administración para imposibilitar la materialización de la sentencia. 3.2. LAS CUESTIONES QUE SE SUSCITAN EN TORNO A LA DEMOLICIÓN DE INMUEBLES. 4. LAS HERRAMIENTAS DE LOS ORGANOS JUDICIALES PARA GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. 4.1. LA EJECUCIÓN DIRECTA. 4.1.1. La ejecución directa con medios propios o por medio de comisario judicial. 4.1.2. La ejecución subsidiaria a cargo de la Administración. 4.2. LA EJECUCIÓN INDIRECTA. 4.2.1. Multas coercitivas. 4.2.2. La responsabilidad patrimonial del responsable de la ejecución. 4.2.3. La responsabilidad penal. 5. PROPUESTAS PARA GARANTIZAR LA EJECUCIÓN. 5.1. EL PAPEL PROTAGONISTA DEL ORGANO JUDICIAL. 5.2. LA REPARACIÓN SUSTITUTORIA. 5.3. UNA REFORMA DEL URBANISMO. 6. A MODO DE EPILOGO. 7. BIBLIOGRAFIA.

1. Introducción

La particularidad procesal más obvia del orden Contencioso-Administrativo es que siempre se proyecta contra la Administración Pública que, como sujeto pasivo, cuenta con el privilegio del procedimiento administrativo ante cual-

1. Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación I+D+I PID2020-115320GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/, del Ministerio de Ciencia e Innovación, y en el Grupo Consolidado del Gobierno Vasco IT 1593-22.

2. Orcid: 0000-0001-6829-8171.

quier reclamación que se presente frente a sus actuaciones. Sin embargo, este ulterior control judicial sobre sus decisiones no ha sido del todo bien aceptado por esta poderosa burocracia.

En principio, podría suponerse que la propia naturaleza y el interés público que la Administración comparte con el Poder Judicial deberían traducirse en una colaboración institucional ejemplar, especialmente en la ejecución de las sentencias. Debido a que, una vez enmendada y declarada judicialmente la nulidad de la actuación administrativa, la única opción legal es la materialización automática de su contenido.

Lamentablemente, no siempre es así, y en ocasiones observamos que, lejos de asistir en el cumplimiento estricto de las sentencias, la Administración condenada ha practicado un ejercicio activo de resistencia ante la judicatura. En estos supuestos, en un choque de alto voltaje, constatamos que la Administración se muestra abiertamente en contra del criterio judicial y, a través de innumerables maniobras, parece salirse con la suya, como se refleja en llamativos titulares de prensa: el hotel de El Algarrobico, la Isla de Valdecañas, Argosños, etc.

En estos contextos, entre las legítimas reclamaciones de los propietarios y una infinidad de recursos presentados por los defensores de la demolición, destaca un término jurídico extraño que no se encuentra en el diccionario de la RAE: la inejecución. Este fenómeno, aunque frecuente en términos de excepcionalidad³, es una de las mayores singularidades de la práctica judicial en el orden contencioso-administrativo y provoca un problema de credibilidad de todo el sistema judicial de graves dimensiones⁴. En ese sentido, consiste en no ejecutar una sentencia, es decir, no cumplir con lo que un juez ha declarado previamente.

Para percibir la dimensión del problema, basta con leer lo que GARCÍA DE ENTERRÍA decía sobre la anormalidad del proceso del contencioso-administrativo en cuanto a la ejecución de sentencias. Según él, *«un sistema de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) no es sólo un sistema que permita abrir los*

3. Debemos remontarnos hasta la Revolución Francesa (1789) para encontrar los pilares sobre los que se construye la Administración moderna y debe destacarse que los revolucionarios no confiaban en la judicatura, por lo que separaron la Administración y la Justicia. GARCÍA DE ENTERRÍA. E. «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de administración pública*, núm. 38, 1962, pp. 162-166.

4. También merece una especial atención la cuestión relacionada con la demora para cumplir con las resoluciones judiciales que se dictan contra las Administraciones Públicas, como apunta RAMÓN FERNÁNDEZ, T. «De nuevo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», *Revista de administración pública*, núm. 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1977, p. 277.

procesos y en cuyo seno se produzcan sentencias ponderadas y sabias. Esas sentencias tienen también que ser efectivas ellas mismas y, por tanto, deben necesariamente ejecutarse. El derecho a la tutela judicial efectiva incluye necesariamente el derecho a la ejecución de las sentencias contra la Administración»⁵.

Otra muestra de la dimensión del problema es que haya que explicitar y reinvindicar la ejecución de las sentencias contra la Administración⁶. Hasta en tres ocasiones la Ley Jurisdiccional vigente, Ley 28/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), establece este deber. En ese sentido, el art. 103 establece la obligación que tienen las partes de «*cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignan*», el art. 104 exige que la sentencia sea ejecutada o llevada a cabo «*a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo*» por la Administración⁷ que ha sido condenada y, por último, el art. 105.1 LJCA regula la imposibilidad de suspender «*el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo*».

Incluso el Tribunal Constitucional, desde una de sus primeras sentencias sobre la materia⁸, mantuvo una posición rígida sobre la ejecución en este ámbito, como se puede observar en la sentencia núm. 32/1982, de 7 de junio. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha pronunciado con idéntica contundencia, subrayando que la inejecución vulnera el derecho a un proceso justo que proclama el art. 6 de la CEDH. Esto es particularmente relevante en el ámbito administrativo, en el que la desaparición de los efectos de las actuaciones recurridas constituye la finalidad del procedimiento⁹.

5. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Los postulados constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», *Documentación administrativa*, núm. 209, 1987, p.10.

6. Existe un debate jurisprudencial interesante y con muchos matices sobre la posibilidad de ejecutar las sentencias desestimatorias, una controversia sobre la que recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo, sentencia núm. 705/2022, de 8 de junio, vedando la ejecución de sentencias desestimatorias para obtener una ventajosa posición jurídica de este trámite.

7. La discrecionalidad de la Administración en todos sus ámbitos de actuación era, y sigue siendo, su principal problema. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativos*, Civitas, 1984, p. 205.

8. El Tribunal Constitucional desde la primera de sus sentencias ha defendido la necesidad de integrar la ejecución dentro del ámbito de la exclusividad jurisdiccional y del principio de la tutela judicial efectiva, tal y como podemos comprobar en la sentencia núm. 1/1982, de 26 de enero, al tratar de un choque entre la legalidad de la Iglesia Católica y la legalidad civil.

9. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), núm. 18357/91, HORNSBY v. GREECE, destaca que la ejecución en los procedimientos administrativos tiene una importancia mayor que en los procesos entre particulares, ya que se trata del restablecimiento de la legalidad y las autoridades administrativas forman parte del Estado que está sujeto al imperio de la ley, por lo que sus intereses coinciden con la necesidad de una adecuada administración de justicia. En caso de que las autoridades administrativas se nieguen o no cumplan, o incluso se demoren en la ejecución, se anulan las garantías previstas en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que tiene un litigante durante la fase judicial del proceso. En el

Quizás haga falta un análisis más radical, como el que Jean RIVERO propone desde la perspectiva de un indígena hurón¹⁰, para reivindicar cambios frente a la enorme arbitrariedad de la Administración. En nuestro caso, con un planteamiento más modesto, en las siguientes líneas pretendemos proporcionar alguna solución práctica a este entuerto.

2. Régimen jurídico del incidente de inejecución

El marco procedimental formal para resolver cualquier problema que se pueda plantear en la ejecución en el ámbito del proceso contencioso-administrativo tiene una regulación escasa. A pesar de los enormes problemas que precedían a la norma procedimental en relación a la ejecución¹¹, solo se dedican los contenidos de los arts. 103 al 113 de la LCA.

En estas disposiciones, se observa que la inejecución tiene su cauce procesal a través de un incidente¹², cuya previsión legislativa se condensa en el art. 109 de la LCA. Estamos ante el único instrumento procesal que la Administración condenada puede utilizar para intentar no cumplir la resolución judicial.

Por este motivo, procederemos a su estudio, resaltando los aspectos básicos de este incidente¹³ que, aparentemente diseñado solo para promover la ejecu-

mismo sentido, la STEDH núm. 41666/98, KYRTATOS v. GREECE, resuelve que el incumplimiento de las obligaciones de demolición y la concesión de nuevas licencias de construcción suponen una vulneración del art. 6 CEDH.

10. Nos referimos al conocido relato administrativista de Jean Rivero «Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir» en *L'Administration et le droit. Regards sur la société internationale*, varios autores, André de Laubadère, André Mathiot, Jean Rivero, Georges Vedel, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, pp. 329-334.

11. Los privilegios de la Administración pública son evidentes incluso en el trámite de ejecución, tal como apunta el autor: «los privilegios que *de iure* y *de facto* se otorgan a la Administración sobre la base de un presunto interés público (término éste que poco a poco se está convirtiendo en una especie bálsamo de Fierabrás con que se recubre la Administración ante cualquier tipo de actuación) exceden con creces de lo tolerable y en muchas ocasiones el llevar a efecto el fallo de una sentencia parece transmutarse en un duelo entre Administración y órgano judicial con el único objeto de dilucidar cuál de ambos se parece más al Santo Job, utilizando al ciudadano como una especie de pelota de tenis». PÉREZ ALONSO, J.. «La ineficacia del sistema de ejecución...», *op.cit.*, p. 2.

12. El proceso incidental es un procedimiento autónomo y distinto al juicio principal en el que surge la cuestión incidental, pero que está estrechamente relacionado y vinculado a él. GOMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*, vol. segundo, Artes Gráficas, 1975, p. 349.

13. Estamos ante un simple incidente procesal a instancia de parte, que «una vez planteada la ejecución, el artículo 109 LCA prevé un solo trámite de alegaciones por parte de la Administración y demás demandados, para pasar inmediatamente después a la decisión». (...) Parece que la idea de la que parte es que la ejecución de la sentencia por la Administración no plantea problemas, a lo sumo una cierta resistencia pasiva que puede ser vencida con una ligera presión ejecutiva; y puede que así haya sido hasta hace poco». PARICIO RALLO, E. «La insolvencia de la Administración. Ejecución judicial de deudas públicas», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 30, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2012, p.122.

ción de las sentencias condenatorias en el orden contencioso-administrativo, se convierte en el procedimiento que legitima la inejecución.

2.1. La legitimación para promover la inejecución

El procedimiento de ejecución de una sentencia condenatoria en el ámbito contencioso-administrativo presenta una primera peculiaridad en cuanto a la legitimación para promover la fase de inejecución. La normativa procesal permite que distintos sujetos inicien esta fase, tales como las partes que han participado en el proceso declarativo y también las personas afectadas por la resolución judicial. Incluso la propia Administración Pública puede estar legitimada, aunque resulte curioso, dado que es la ejecutada quien debe cumplir con la sentencia. Esta habilitación de la Administración se entiende únicamente en el caso de que plantee la inejecución.

De lo que se deduce que la inejecución será promovida por la Administración Pública obligada a cumplir con la sentencia, a salvo de que también puedan hacerlo, paradójicamente, los propios ejecutantes ante la imposibilidad real de materializar la resolución.

En este sentido, obsérvese que se ha otorgado la legitimación a cualquier persona afectada por el fallo de la sentencia, lo que significa que legislativamente se ha ampliado y expandido la posibilidad de activar la ejecución a las personas que no han intervenido como parte en el proceso declarativo.

Ahora bien, esta legitimación extraordinaria para intervenir en el proceso de ejecución como parte activa, a pesar de no haber sido parte en el proceso de conocimiento, se sustenta exclusivamente en presentar un interés legítimo en la ejecución. Tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia número 4/1985, de 18 de enero, en el FJ 2º: *«la propia LJ al regular la ejecución de las sentencias de este orden jurisdiccional, legitima no sólo a las partes que han comparecido en el proceso principal —las “partes en el juicio” o “litigantes”—, sino, más ampliamente, a las “partes interesadas” (art. 110, núm. 1, de la LJ)»*.

La norma procesal establece que cualquier tercero que se vea afectado por el fallo de la sentencia puede solicitar la ejecución. Según la STS núm. 2036/2017, de 20 de diciembre, el nivel de afectación necesario para tener legitimidad es menor que el que se exige para ser titular de derechos o intereses. La jurisprudencia no ha añadido más requisitos para ser considerado un tercero, sino que, como se indica en la STS núm. 910/2022, de 4 de julio, se trata de aquellas personas que puedan verse perjudicadas en sus derechos o intereses legítimos por la ejecución o inejecución de la sentencia.

2.2. La colaboración institucional y el plazo para promover la inejecución de la sentencia

2.2.1. *La Administración como extensión del órgano judicial en la ejecución*

La dinámica de la ejecución de sentencias se desarrolla en un contexto de colaboración institucional, y por esta razón, el art. 104.1 de la LCA establece que la sentencia debe ser notificada en un plazo de 10 días desde que adquiera firmeza. La Administración pública condenada debe llevar a cabo dos acciones en respuesta a esta notificación. La primera es ejecutar la sentencia y cumplir con las obligaciones que se establecen en ella, y la segunda consiste en identificar el órgano administrativo responsable del cumplimiento de la resolución judicial en caso de que no se cumpla con la primera actuación.

De esta regulación se pueden extraer dos consecuencias importantes. La primera es que la tensión entre los poderes judicial y ejecutivo se resuelve a través de una colaboración especial entre ambos. En este caso, la propia Administración condenada actúa como una extensión del órgano judicial que la ha condenado.

Es importante tener en cuenta que la ejecución no permite a la Administración condenada volver a resolver lo que ya ha sido resuelto. Aunque la ejecución se delega en la propia Administración, esto no significa que pueda ejercer un control administrativo sobre la misma. De hecho, la sentencia núm. 1544/2020, de 19 de noviembre, deja claro que la Administración carece de potestad administrativa para pronunciarse sobre si la sentencia judicial ha sido cumplida o no.

Esto implica que no es posible un proceso judicial fuera del marco de la ejecución, cuyo único objetivo sea la revisión judicial de segundo grado de actos que, al no ser administrativos en sentido propio, no se actúa en ellos una potestad propia atribuida por la Ley a la Administración. En su lugar, la Administración actúa como un agente o delegado ejecutor del Tribunal judicial, con la obligación de cumplir en sus términos exactos y con diligencia lo ordenado.

2.2.2. *El plazo de espera mínimo para activar la ejecución*

La segunda cuestión se refiere al plazo para iniciar la ejecución judicial. Aunque no se establece un plazo específico para cumplir con la sentencia, la normativa prevé un período de espera antes de poder instar la ejecución.

En este sentido, se requiere esperar dos meses a partir de la comunicación de la sentencia, según lo establecido en el art. 104.2 LCA, para poder iniciar el

proceso de ejecución¹⁴. Por lo tanto, el plazo general para que la Administración condenada cumpla voluntariamente la sentencia es de dos meses, y dentro de este plazo, la Administración debe plantear cualquier cuestión que haga imposible la ejecución de la sentencia. No se puede sumar otro plazo administrativo a este plazo, según la STS núm. 1544/2020, de 19 de noviembre, FJ 4º, «*lo que resulta injustificable es la adición de ambos plazos heterogéneos —el administrativo y el judicial— para crear uno nuevo*».

Una vez transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario, se puede promover la ejecución de la sentencia. Según el art. 109.1 de la LJCA, el plazo para promover la ejecución forzosa está abierto mientras «*no conste en autos la total ejecución de la sentencia*». Por lo tanto, a partir de ese momento, cualquier parte interesada, incluidas las personas afectadas, pueden instar la ejecución forzosa¹⁵.

Sobre el plazo de dos meses que se otorga para la ejecución voluntaria, es importante señalar tres particularidades:

- Conforme al contenido del art. 71.1.c) LJCA, puede suceder que se condene a la Administración a la emisión de un acto o a realizar una actuación jurídicamente obligatoria. En estos casos, la sentencia puede establecer directamente un plazo para que se cumpla el fallo, que no tiene por qué coincidir con el general de dos meses. Lo mismo puede suceder en caso de un acuerdo alcanzado por las partes, conforme a lo establecido en el art. 77.3 LJCA.
- Este plazo de dos meses puede extenderse a tres meses en caso de que la Administración haya sido condenada al pago de una cantidad líquida según el art. 106.3 LJCA¹⁶.
- Por último, el art. 104.3 LJCA dispone que se puede establecer un plazo inferior a los dos meses, dependiendo de la naturaleza de la acción ejercitada y para evitar la ineficacia o la causación de un grave perjuicio por el retraso en su materialización.

Como afirma la STS núm. 1544/2020, de 19 noviembre, FJ 4º, la ley procesal especializada —LJCA— no prevé un plazo único y universal para ejecutar la

14. El art. 113 LJCA también establece el mismo plazo para la ejecución de los acuerdos alcanzados por las partes en las que no se haya señalado un plazo concreto para su cumplimiento.

15. CASTILLEJO MANZANARES, R. *El Proceso Contencioso Administrativo. Primera Instancia y Ejecución del Procedimiento Ordinario*, Tirant lo Blanch, 2018, documento electrónico (Tol 6.823.597), p. 3.

16. El art. 106.3 LJCA dispone que «*no obstante lo dispuesto en el artículo 104.2, transcurridos tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa*».

sentencia firme debido a la gran variedad de casos que pueden surgir, y además, el plazo lo podría establecer, de ser necesario, la propia sentencia o el Tribunal sentenciador en el ámbito de la propia ejecución, en función de la urgencia del caso o de la posibilidad de perder el derecho obtenido en la sentencia. Esto no significa que quede en manos de la Administración elegir a placer el ritmo de la ejecución o el plazo para llevarla a cabo.

2.2.3. El plazo para activar la inejecución.

En cuanto al plazo específico que tiene la Administración para solicitar la inejecución, es importante destacar que existe una regulación explícita al respecto. Por lo tanto, surge la pregunta de si la Administración debe sujetarse a los plazos analizados anteriormente para promover la inejecución, o, en cambio, puede plantear este argumento en cualquier otro momento procesal.

En este sentido, la existencia de plazos legales nos lleva a defender que, una vez establecidos, estos deben ser los únicos momentos en los que la Administración se pueden plantear los problemas para cumplir con la sentencia. La seguridad jurídica, la imposibilidad de plantear de nuevo los debates declarativos y la igualdad entre las partes procesales, exigen que la Administración también se sujete a los mismos plazos fijados en el art. 104.2 de la LJCA para instar la ejecución.

El art. 105.2 LJCA parece respaldar esta postura al exigir que la Administración manifieste las causas de inejecución dentro de los plazos establecidos en el art. 104.2 de la misma ley, que son los plazos voluntarios para el cumplimiento de la sentencia.

Esta lógica funciona con una causa de inejecución que exista en ese momento y no puede referirse a las causas que surgen posteriormente. Lo que significa que la clave se plantea en la fecha de inicio del plazo y, según la doctrina judicial, la extemporaneidad de la inejecución surge a los dos meses desde se constate la causa que imposibilite la ejecución.

En relación a lo anterior, es importante referirnos a la STS núm. 4018/2015, de 23 de septiembre, FJ 5º, la cual establece la doctrina jurisprudencial que interpreta los arts. 104.2 y 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, en lo que respecta al plazo para que la Administración obligada a cumplir la sentencia manifieste a la autoridad judicial las causas de imposibilidad legal o material de ejecutarla. Según esta jurisprudencia, el cómputo de los dos meses para hacer dicha manifestación debe iniciarse, como regla general, desde que surge la causa determinante de la imposibilidad material o legal. En consecuencia, después de que se supere este plazo, no se podría promover la inejecución, ya que no

es válido considerar que el plazo legal no existe, que es de aplicación flexible o que se puede computar a partir de un hecho dependiente de la voluntad de la Administración legitimada en los términos del art. 105 LJCA.

Aunque este plazo para que la Administración presente la inexecución no es taxativo, la jurisprudencia ha permitido una interpretación flexible, lo que significa que no es de caducidad absoluta y se puede presentar el incidente una vez vencido. Varias decisiones judiciales respaldan esta posición, incluida la STS núm. 6228/2008, de 17 de noviembre, recurso núm. 4285/2005, que indica que no se trata de un plazo de «*caducidad absoluta*». Esto permite presentar la imposibilidad de ejecución, aunque se haya superado este periodo, siempre y cuando «*la causa que la determina sobrevenga con posterioridad al transcurso de aquel plazo*».

Sin embargo, la resolución anteriormente mencionada también destaca la importancia de respetar el plazo establecido, ya que su incumplimiento, a menos que se justifique adecuadamente, «*podrá ser un factor relevante o incluso determinante a la hora de valorar la seriedad del alegato de imposibilidad, y, en definitiva, a la hora de decidir la procedencia de la declaración de imposibilidad de ejecución que se solicita de forma tardía*».

Lo que ha llevado a la jurisprudencia ha restringido la posibilidad de plantear incidentes de imposibilidad legal o material de manera indefinida, en caso de que estas causas fueran preexistentes y no se plantearan en el momento oportuno. La STS núm. 2461/2014, 16 de mayo, señala que esto contradice abiertamente los arts. 118 de la Constitución y 103.2 y 3 de la LJCA.

Por lo tanto, la jurisprudencia no admite el planteamiento sucesivo de incidentes por las mismas causas del art. 105.2 LJCA que ya se plantearon con anterioridad. Además, el art. 109 LJCA no puede interpretarse para permitir un bucle inejecutorio, ya que, si bien habilita a promover incidentes mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, también establece que deben hacerse sin contrariar el contenido del fallo.

La STS núm. 2461/2014, 16 de mayo, indica que «*es evidente que en este último precepto sólo se contempla el planteamiento de cuestiones que no contraríen el contenido del fallo de la sentencia y nada es más contrario a aquél que la imposibilidad de ejecutarlo*». Por lo tanto, es importante respetar los plazos establecidos y plantear las causas de imposibilidad en el momento oportuno para evitar que se cuestione la seriedad del alegato.

Consecuentemente, en cuanto al plazo para presentar la inexecución, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada, es posible que la Administración Pública

presente varios incidentes inejecutorios, incluso después de los 2 meses, siempre y cuando se trate de causas nuevas y diferentes que imposibiliten la materialización del fallo de la sentencia. En todo caso, es importante tener en cuenta que el incumplimiento del plazo establecido puede ser un factor relevante para evaluar la seriedad del alegato de imposibilidad. Por lo tanto, es recomendable que la Administración presente el incidente de manera oportuna para evitar dudas sobre su validez.

2.3. La demanda de inejecución

Una vez transcurrido el plazo de dos meses que tiene la Administración para cumplir voluntariamente con lo estipulado en la sentencia, las personas legitimadas pueden iniciar la ejecución forzosa. Esto implica cumplir dos premisas: en primer lugar, esperar al agotamiento de este plazo; no procede iniciar la ejecución sin consumirlo. En segundo lugar, solo se puede activar si la Administración no ha culminado correctamente la ejecución, es decir, si no se han respetado los términos establecidos en el fallo de la sentencia.

Si el afectado no está conforme con lo ejecutado, puede promover el incidente previsto en el art. 109 LJCA, ante la autoridad judicial. Es importante destacar que el proceso no se inicia automáticamente, sino que debe plantearse a través de la correspondiente demanda de ejecución.

Este requisito surge debido a la ausencia de prerrogativas en este ámbito jurisdiccional que nos obliga a acudir a los dictados de la LEC. Debido a que la normativa procesal civil actúa como regulación procesal subsidiaria, según la Disposición Final Primera de la LJCA.

Lo que conlleva que es obligatorio interponer una demanda ejecutiva ante el órgano judicial que dictó la sentencia en primera instancia para activar el incidente de ejecución, que es un eufemismo de la ejecución en el ámbito del contencioso-administrativo, de acuerdo con el contenido del art. 545 de la LEC.

Este mecanismo es importante porque la Administración no iniciará una demanda ejecutiva contra sí misma, sino que, al activar este procedimiento, presentará un escrito con las razones que impiden la ejecución. Esto significa que la Administración que solicite la inejecución no puede apartarse del procedimiento establecido en el art. 109 LJCA, según lo afirmado por la STS núm. 1594/2017, de 23 de octubre: el incidente de ejecución debe ser interpuesto preceptivamente ante el órgano judicial que dictó la sentencia.

Además, en nuestra opinión, el escrito que plantea la inejecución debe cumplir con los requisitos exigibles para la demanda de ejecución, reuniendo todos los caracteres formales establecidos en la LEC. Sin embargo, el art. 105.2 de la LJCA se refiere solo a tres cuestiones: la primera es que debe presentarse ante la autoridad judicial, la segunda es que debe hacerlo el representante procesal de la Administración, y la última es que debe manifestar la razón que justifica la inejecución. En este aspecto, lo lógico es que esta manifestación se realice en forma de demanda, ya que, como veremos más adelante, los afectados por la petición podrán posicionarse sobre todos sus extremos.

2.4. Contenido de la demanda de inejecución

Las partes legitimadas pueden plantear diversas cuestiones en este incidente de ejecución. El único límite que establece el art. 109.1 LJCA es que esta solicitud no sea contraria al contenido del fallo de la sentencia declarativa. Este límite es lógico, ya que el incidente de ejecución no puede ser una nueva discusión sobre lo ya declarado por el juzgador y que ha quedado firme, ya que las sentencias son intangibles.

Una vez establecida esta barrera legal, el art. 109.1 LJCA permite plantear cualquier cuestión que se pueda plantear en la ejecución. En ese sentido, en la demanda ejecutiva se puede solicitar cualquier medida que sea necesaria para garantizar el cumplimiento de la sentencia condenatoria contra la Administración Pública. En concreto, se suelen plantear tres cuestiones básicas para garantizar la realidad de la ejecución:

- a) La designación efectiva del órgano administrativo del seno de la Administración Pública que ha sido condenado, como responsable de las actuaciones que garanticen la ejecución de la sentencia.
- b) El establecimiento de un plazo máximo de tiempo en el que se va a cumplir el fallo condenatorio, es decir, el plazo en el que se va a efectuar la ejecución.
- c) La señalización de los medios necesarios para llevar a cabo la ejecución.

Sin embargo, la inejecución persigue precisamente lo contrario, ya que su finalidad es reivindicar la imposibilidad de cumplir con el contenido exacto de la sentencia. No obstante, esto no impide que este mismo trámite del art. 109.1 LJCA deba utilizarse preceptivamente.

La norma procesal ha previsto un segundo precepto que se relaciona con este trámite procedimental, se trata del art. 105 LJCA, que establece el deber de cumplimiento íntegro de la resolución judicial, sin que sea posible la suspen-

sión del cumplimiento de la ejecución, y queda prohibida la declaración de la inejecución total o parcial del fallo judicial.

A continuación, se explicitan las causas de inejecución de las sentencias judiciales. La lógica del texto legal proviene de la derogada ley procesal de 1956, que establecía la posibilidad de inejecución por «*detrimento grave de la Hacienda pública*», mediante decreto del Consejo de Ministros, y excluía esta posibilidad en caso de condena a la Administración del pago de una cantidad. No obstante, esta causa de inejecución ha desaparecido del texto actual y la exclusión se ha recogido en el art. 106 LJCA, que regula la ejecución de cantidades dinerarias. Por tanto, lo que antes se consideraba detrimento grave, ahora se convierte, conforme al apartado 2º del art. 105 LJCA actual, en causas de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia.

Por razones sistemáticas, analizaremos más adelante el contenido de estas excepciones que permiten la inejecución y que convierten un trámite procedimental diseñado para ejecutar las sentencias en su contrario: un incidente de inejecución.

2.5. Tramitación de la inejecución

El resto de las cuestiones procedimentales relacionadas con la inejecución se recogen en el art. 105.2 LJCA, al cual podemos complementar con los apartados segundo y tercero del art. 109 LJCA.

Entre las escasas directrices procedimentales que se nos proporcionan, concluimos que después de presentar este incidente de inejecución, se debe proceder a dar audiencia a las partes vencedoras¹⁷ del pleito declarativo y a las personas que se consideren interesadas. Sin duda, estamos ante una cuestión compleja debido a la posible existencia de numerosos intereses de terceros, incluso de terceros registrales, frente a los cuales este procedimiento puede tener efectos¹⁸. Esto supone que el juez debe citar a estas personas, aunque en realidad se trate de las personas que participan en el proceso.

A continuación, estos afectados se pronunciarán sobre su posición en el plazo común máximo de veinte días, alegando lo que estimen procedente e incluso, si así lo entienden, pidiendo la práctica de pruebas.

17. En todas las circunstancias, el incidente de ejecución requiere del traslado a las partes como exige el principio de contradicción, tal y como hemos analizado al tratar de los aspectos procedimentales del incidente.

18. En ese sentido resulta clarificadora la STS núm. 1900/2017, de 4 de diciembre.

En todo caso, una vez tramitado este traslado, la normativa establece un plazo de diez días para decidir sobre las cuestiones planteadas por la Administración en torno a la inejecución. En realidad, el órgano judicial debe determinar si concurren o no las causas alegadas por la Administración.

En este sentido, la regulación establece una paradoja, ya que una vez que se constata la imposibilidad de proceder a la ejecución en los términos que se fijaron en la sentencia del proceso declarativo, se deben tomar las medidas necesarias para asegurar, en la medida de lo posible, la ejecución parcial y fijar la indemnización correspondiente en relación a lo que no se pueda ejecutar. La STS núm. 1012/2019, de 9 de julio, hace referencia a la doctrina consolidada del propio tribunal al afirmar que *«es conforme a derecho sustituir la ejecución de la sentencia en sus propios términos por una indemnización de daños y perjuicios derivados de la inejecución»*. Según esta doctrina, la sustitución monetaria no viola el art. 24. CE, lo cual resulta obvio.

En ese sentido, paradójicamente, la regulación indica que una vez constatada la imposibilidad de proceder a la ejecución en los términos que se fijaron en la sentencia del proceso declarativo, se deben adoptar las medidas necesarias para asegurar, si fuera posible, la ejecución parcial y fijar, en lo que respecta a lo que no pueda ejecutarse, la indemnización que proceda. Tal y como establece la STS núm. 1012/2019, de 9 de julio, aludiendo a la doctrina consolidada del propio tribunal, *«es conforme a derecho sustituir la ejecución de la sentencia en sus propios términos por una indemnización de daños y perjuicios derivados de la inejecución»*. Dada tal doctrina, resulta obvio que la sustitución dineraria no lesiona el artículo 24 de la Constitución Española.

Por último, debemos destacar que este procedimiento se resolverá, tras los trámites necesarios, mediante un auto dictado por el órgano judicial¹⁹.

19. Los recursos que se interpongan contra los autos dictados en el marco de la ejecución de sentencias y, por lo tanto, también en la inejecución están limitados a los motivos que específicamente se han establecido en el art. 87.1.c) LJCA. Este precepto dispone que pueden ser susceptibles de recurso de casación los autos «recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta». Lo que significa que es un ámbito más reducido que el dispuesto en el art. 88 LJCA. En esa interpretación, el STC núm. 99/1995, de 20 de junio, ha señalado que «Se trata, por tanto, de medios de impugnación dirigidos exclusivamente a evidenciar las posibles irregularidades que hubieran podido cometerse en la actuación judicial por la que se dota de efectividad al título sometido a ejecución y, como tales, sujetos a motivos predeterminados de fundamentación que se diferencian claramente de aquellos otros que, con carácter general, fundamentan los recursos de suplicación o casación cuando los mismos persiguen una finalidad distinta a la de la simple garantía de la integridad de la efectividad del título de ejecución». En el mismo sentido se pronuncia el TS, entre otras, en su sentencia núm. 127/2019, de 6 de febrero.

3. Los motivos para justificar la inejecución

El art. 105 de la LJCA establece de manera concisa las causas sustanciales que pueden plantearse por la Administración para justificar la inejecución de sentencias condenatorias. Sin embargo, resulta curioso que, después de afirmar en su primer apartado que *«no podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo»*, en los dos siguientes apartados se le otorgue a la Administración la posibilidad de evitar su cumplimiento exacto.

Es fundamental que cualquier acción de inejecución se base en una causa legal que impida la ejecución, y que sea acogida mediante una resolución motivada del órgano judicial competente encargado de ejecutar la sentencia. A continuación, analizaremos los principales motivos que la Administración puede alegar para incumplir los pronunciamientos judiciales en su contra²⁰.

3.1. La imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia

Tanto la imposibilidad material como la legal son las principales causas de inejecución²¹ de sentencias que se plantean en el sistema judicial por parte de la Administración, y su apreciación tiene como efecto principal la sustitución del contenido de la resolución judicial por una indemnización.

A pesar de tener unos efectos idénticos, podemos distinguir entre estos dos supuestos que imposibilitan²² la ejecución de la sentencia en sus propios términos:

- a) La imposibilidad material se adscribe al mundo físico, y viene a impedir que la Administración cumpla con lo dispuesto en la sentencia por no poder llevarse a cabo físicamente.
- b) La imposibilidad legal supone la existencia de una norma jurídica que impide la ejecución de la sentencia, entendiéndose que sus efectos prevalecen sobre los previamente declarados por el órgano judiciales en su pronunciamiento.

20. La sentencia del Tribunal Supremo núm. 1900/2017, de 4 de diciembre, es didáctica sobre estos extremos y realiza una exposición brillante sobre los supuestos de inejecución de sentencias.

21. Si bien la expropiación por utilidad pública o interés social de la sentencia prevista en el art. 105.3 LJCA no es considerada un supuesto de inejecución, lo cierto es que su aplicación tiene como consecuencia la no ejecución de la sentencia.

22. Podríamos referirnos también a la imposibilidad total y la parcial, que se produce cuando no se puede ejecutar en sus propios términos una parte del fallo de la sentencia. TÁBOAS BENTANACHS, M. «La imposibilidad de ejecución material y jurídica de las sentencias firmes contencioso-administrativas en materia de urbanismo. Una visión desde la conflictividad contencioso-administrativa en Cataluña», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 35, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014, p. 223.

Estas causas de inejecución²³ tienen como principal efecto jurídico, una vez acreditada y admitida judicialmente, la certificación de la imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos. Lo que supondrá la apertura de un trámite posterior, en el que se podría fijar una indemnización sustitutiva que la Administración debe abonar en compensación.

Una característica notable de las causas de inejecución es que conforme a la regulación del art. 105.2 LJCA se nos presentan con una apariencia de objetividad²⁴, aunque es importante destacar la discrecionalidad de la Administración²⁵ en relación con la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia.

En ese sentido, no debemos olvidar que la Administración es también un poder legislador²⁶ que emana numerosas normas jurídicas²⁷. Con el problema de que carece de una codificación como suelo de construcción de todas sus proposiciones²⁸, lo que produce una dispersión y complejidad normativa que produce situaciones de enorme complejidad, a la que se les añade una capacidad de interpretar las normas administrativas unilateral y particularmente. Se trata de la discrecionalidad administrativa, que para GARCÍA DE ENTERRÍA debe contenerse al ser «*fundamental para la sociedad actual organizar técnicas eficaces de control respecto de estos poderes normativos de la Administración*»²⁹.

23. Para profundizar en la materia vid. ESCUDERO HERRERA, M.C. *Los obstáculos para la ejecución de las sentencias en el contencioso administrativo, y sus soluciones*, Dykinson, 2005, pp. 103-118.

24. Ambos supuestos quedan fuera del ámbito voluntario. GIFREU FONT, J. «Reflexiones críticas en torno al control jurisdiccional de la actividad urbanística de los entes locales», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 310, 2016, pp. 85-88.

25. Como señala la autora «No hace falta decir, que la intencionalidad es un requisito subjetivo de muy difícil prueba, por ello no se trata tanto de demostrar la voluntad de la Administración, como de probar la concurrencia de determinadas circunstancias que pongan de manifiesto que la Administración ha querido eludir la ejecución». CASTILLEJO MANZANARES, R. *El Proceso Contencioso Administrativo...*, op.cit., pp. 12-13.

26. Aunque la Administración como legislador deje mucho que desear, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, E., op.cit., pp.196-197.

27. Continuando con GARCÍA DE ENTERRÍA, E. basta mirar al B.O.E. para comprobar «la ocasionalidad, la imperfección, la fugacidad de las normas administrativas aparece plásticamente, de una manera difícilmente superable, en esos inmensos rimeros que son las colecciones de «Gacetas», ordinariamente acumulados en algún sótano o en algún pasillo de los viejos edificios del Estado. ¡Qué lejos, en efecto, del «sagrado depósito de las leyes», de la emoción sacral que el hombre antiguo tenía ante las *leges patrum*, las leyes de los padres, incluso del sabor añejo y depurado que mantienen las colecciones de sentencias como expresión de una serena, viva y prudente majestad de Derecho!», *ibidem.*, p. 197.

28. El derecho administrativo moderno deriva de la Revolución Francesa de 1789, sin embargo, el legado de Napoleón al Derecho privado, en forma de un Código Civil con todas las soluciones a los conflictos que se podían imaginar en la época, no se extendió a este ámbito, como nos recuerda el maestro Jean RIVERO, «Problemas actuales de la Administración Pública francesa», *Documentación Administrativa*, núm. 100, 1966, disponible en el siguiente enlace (fecha 2.07.2024):

<https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/issue/view/151>

29. *Ibidem.*

Ante la ausencia de límites claros, el papel fundamental en el control de la Administración recae en los tribunales. En esa línea, no podemos obviar que ha habido un avance en el control judicial sobre la discrecionalidad administrativa en esta materia. Entre los aspectos más relevantes que la jurisprudencia ha fijado, destaca la doctrina consolidada sobre el necesario uso de los cauces legales previstos para articular la inejecución y la limitación de las posibilidades de modificar el sentido del fallo en el proceso de ejecución, incluso en el caso de su ilegalidad. Un ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 20/2010, de 27 de abril, que establece que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la ejecución de los fallos judiciales y, por lo tanto, se basa en el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, garantizado por el art. 24.1 CE. Este principio de inmodificabilidad se aplica incluso en el caso de que posteriormente se determine que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad.

Es necesario realizar una interpretación a favor de la ejecución, incluso si es necesario integrar los fundamentos jurídicos y lo declarado en la parte dispositiva de la resolución judicial. El Tribunal Constitucional ha defendido esta postura en su sentencia núm. 187/2005, de 4 de julio, al afirmar que la interpretación de la Sentencia debe estar en línea con la fundamentación jurídica desarrollada en su parte argumentativa. Si se desvincula la fundamentación de la Sentencia y el fallo, representa *«un apartamiento irrazonable, arbitrario o erróneo en relación con el significado y con el alcance de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución que se ejecuta»*.

En ese mismo sentido, la STS núm. 5468/2015, de 21 de diciembre, señala que para analizar el auto dictado en el incidente de ejecución, es necesario tomar en consideración la *«ratio decidendi»* de la sentencia de la que deriva, es decir, la fundamentación integrando el fallo con sus razonamientos jurídicos.

En definitiva, la única posibilidad de modificar el contenido de un fallo judicial es a través de la excepcionalidad de la inejecución, que se limita a la jurisprudencia que restringe su aplicación³⁰. Esto ha limitado la actividad fraudulenta de la Administración, que ha tratado de evitar la ejecución de sentencias en su contra, en particular, en torno a la imposibilidad legal y material.

30. Tal y como nos explica la STS núm. 4018/2015, de 23 de septiembre, *«la posibilidad legal excepcional que ofrece a las Administraciones públicas el artículo 105 y sus concordantes de la LJCA, sometida a rigurosos requisitos temporales y sustantivos, en concordancia con el principio de buena fe, no puede convertirse en un mecanismo alternativo en manos de aquéllas que favorezca su pasividad o resistencia a la observancia del deber legal que les incumbe de ejecutar las sentencias judiciales firmes en sus propios términos»*.

A pesar de ser excepcional, todavía hay casos en los que la Administración actúa discrecionalmente para eludir las obligaciones de las sentencias condenatorias. Por tanto, es crucial asegurarse de que estos casos sean reales y no respondan a intereses ajenos a la necesaria objetividad que garantiza la imposibilidad de materialización, y que hayan sido rechazados en el proceso declarativo previo.

Es por eso que el aval normativo que reciben tanto la imposibilidad material como legal a través del art. 105.2 LJCA se contrarresta con el contenido del art. 108.2 LJCA, que ordena que *«si la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el Juez o Tribunal, a instancia de los interesados, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento»*. Del mismo modo, el art. 103.4 LJCA permite declarar la nulidad de pleno derecho de *«los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento»*.

En el plano procedimental, como hemos analizado, se exige que se presente una solicitud a instancia de parte para activar el incidente de ejecución, por escrito y dándole traslado a la otra parte³¹. El apartado quinto del artículo 103 LJCA aclara una cuestión competencial importante, señalando que esta nulidad deberá ser declarada por el órgano judicial al que corresponda la ejecución de la sentencia³².

Esto nos llevará, en muchas ocasiones, a un complejo debate sobre si la actividad administrativa es susceptible de ser declarada nula a través de este procedimiento especial o si se tiene que acudir a un recurso ordinario. Ante la falta de un criterio general para dilucidar este extremo, se deberá analizar la casuística planteada³³. En todo caso, si la actividad administrativa afecta a la ejecución de la sentencia, la legitimidad de plantear el incidente existe y su incoación es compatible con la presentación paralela de un recurso autónomo frente a la actividad de la Administración³⁴.

31. Conforme a las sencillas reglas de los apartados 2º y 3º del art. 109 LJCA a las que nos hemos referido al analizar los aspectos procedimentales del incidente.

32. El art. 103.5 LJCA declara esta competencia a este órgano judicial, salvo que «careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley».

33. SOSPEDRA NAVAS, F.J. «La ejecución de sentencias en materia de función pública», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 26, 2011, p. 125.

34. MARTÍNEZ HELLÍN, J. «Desobediencia de la Administración frente al cumplimiento de las sentencias judiciales. El supuesto especial de nulidad del artículo 103.4 LJCA», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 8, Sección Jurisdicción contenciosa y cuestiones constitucionales, 2021, p. 101.

3.1. 1. La actividad material de la Administración contra los pronunciamientos de la sentencia

Cuando existe una imposibilidad material real que impide la ejecución, la Administración puede recurrir a la vía indemnizatoria para compensar a los ejecutantes y evitar dejarlos con las manos vacías. Se trata de una consecuencia lógica que se deriva de una imposibilidad siempre que sea real. Sin embargo, existe la posibilidad de que la Administración actúe fraudulentamente para impedir la ejecución, lo cual limita el art. 108.2 LJCA, que establece que en caso de que la Administración realice una actividad fraudulenta que contravenga la materialización del fallo judicial, se debe proceder a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinar los daños y perjuicios que ocasionó el incumplimiento.

La ausencia de criterios objetivos y una definición precisa de lo que constituye imposibilidad material de ejecución según el artículo 105.2 LJCA obliga a acudir a la jurisprudencia, como lo ha hecho el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 1012/2019, de 9 de julio. Esta sentencia señala que el artículo en cuestión no proporciona una definición clara de lo que constituye imposibilidad material de ejecución de una sentencia, lo que ha llevado a la jurisprudencia a establecer una delimitación restrictiva de este concepto. Por lo tanto, dada la falta de una definición clara en el artículo 105 LJCA sobre el contenido de la imposibilidad material, es necesario analizar cada caso específico y considerar los pronunciamientos judiciales y los intereses afectados por la ejecución, como lo ha destacado esta STS núm. 162/2022, del 9 de febrero.

En cualquier caso, para frenar esta actividad administrativa fraudulenta, es necesario plantear un incidente de ejecución por instancia del interesado. Según la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1900/2017, de 4 de diciembre, este procedimiento sería el adecuado para determinar si se ha producido tal actuación fraudulenta y, en su caso, proceder a la reposición de la situación fáctica previa.

Para acoger la imposibilidad material que impide la ejecución sin incurrir en ninguna actividad fraudulenta, la Administración debe invocarla y acreditarla fehacientemente, lo que normalmente se realizará con la intervención de técnicos municipales o peritos que acrediten la imposibilidad física de ejecutar la sentencia. Partiendo de que la carga de la prueba corresponde al que alega la imposibilidad, según la STS núm. 4018/2015, de 23 de septiembre, corresponde a la Administración el deber de acreditación, y debe alejarse de «una mera hipótesis no verificada el hecho de la invocada imposibilidad material».

El único supuesto indubitado se produce cuando el objeto de la ejecución ha desaparecido, lo que es fácilmente acreditable y deberá ser acogido judicialmente. Por ejemplo, cuando se ha derrumbado un edificio que debía ser demolido. Salvo este supuesto, los avances técnicos permiten la realización de cualquier obra, por compleja que sea. Por lo tanto, podemos defender que este motivo inejecutorio es paradójico. Otra cuestión distinta es cómo afecta la ejecución a diversos intereses o los recursos que precisa, pero se trata de un debate distinto que debe dilucidarse en la fase declarativa.

Ante esta obviedad, la jurisprudencia ha ido restringiendo los supuestos de imposibilidad material que puedan servir para inexecutar las sentencias³⁵. De manera que, casuísticamente, se ha ido elevando el nivel de exigencia, lo que ha supuesto la restricción de este motivo material³⁶.

3.1.2. *La actividad normativa de la Administración para imposibilitar la materialización de la sentencia*

Este supuesto es el más polémico ya que se relaciona con la capacidad normativa de la Administración que, en caso de ser necesario, puede aprobar diversos instrumentos normativos para impedir la ejecución del fallo. También en este caso, es complicado distinguir entre las disposiciones que legítimamente imposibilitan la ejecución y las que la Administración Pública aprueba para eludir el cumplimiento de la sentencia mediante actos o disposiciones contrarios a su pronunciamiento.

Esta actividad fraudulenta también debe ser planteada en el marco del incidente de ejecución, solicitándose su nulidad conforme a lo establecido en el art. 103.4 LCA «*serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios*

35. En ese sentido, la [STS de 17 de noviembre de 2008](#), recurso núm. 4285/05, defendía que estos argumentos conducían a «una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad». En esta misma línea, con especial contundencia, la STS de 21 de junio de 2012, recurso núm. 4454/2011, limita el acogimiento de esta causa, señalando que: «la ejecución de las sentencias firmes no consiente que se burle su cumplimiento mediante la rápida transformación de la realidad física para hacer imposible lo que antes no lo era», por lo que, «la dificultad de la ejecución, que no puede negarse, no comporta sin embargo su imposibilidad. Entre lo difícil y lo imposible media una diferencia sustancial, que el primero se logra poniendo el esfuerzo y trabajo necesario y el segundo no».

36. Este hilo jurisprudencial se defiende en numerosas resoluciones judiciales. La STS núm. 676/2013, de 14 de febrero, rechaza los argumentos técnicos que sustentan la imposibilidad. Y esta dinámica restrictiva, lleva al Tribunal Supremo, a defender, sentencia núm. 1715/2014, de 8 de abril, que «el superior coste o la mayor complejidad de las demoliciones a realizar no son causa suficiente para afirmar que la sentencia sea de imposible cumplimiento». Lo que también se refleja en la última resolución que queremos traer a colación, la STS núm. 162/2022, 9 de febrero, que defiende que «no puede considerarse, a los efectos del art. 105.2 de la LCA, causa de imposibilidad material de ejecución en relación con las actuaciones de transformación urbanística ya realizadas y en funcionamiento, (...) por la misma razón, no puede servir de justificación para mantener una transformación urbanística consumada».

a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento». Por lo tanto, en el incidente se discutirá y comprobará si estos actos o disposiciones han sido dictados con el objetivo de eludir el cumplimiento de la sentencia.

La legitimidad que surge para anular la normativa administrativa es extraordinaria al plantearse a través de este mecanismo ejecutorio, alegando que la disposición ha sido dictada con la finalidad de eludir la materialización de la sentencia. Esto ha llevado a la jurisprudencia, entre otras, STS núm. 1346/2017, de 20 de julio, a exigir que para que se declare la nulidad prevista en el art. 103.4 LJCA, *«además de que se trate de un acto o disposición contrario a un pronunciamiento judicial contenido en la sentencia, se requiere que se dicte con la finalidad específica de eludir su cumplimiento, ya que constituye una finalidad concreta de desviación de poder».* En otras palabras, si no se aprecia dicha finalidad fraudulenta, la declaración de nulidad no procederá.

También es necesario recurrir a la jurisprudencia para identificar este fraude administrativo. En su sentencia núm. 2515/2006, de 1 de marzo, el Tribunal Supremo describe este escenario como aquel en el que *«la Administración procede formalmente a la ejecución de la sentencia dictada, mediante los pronunciamientos, actos o actuaciones para ello necesarios, pero, sin embargo, el resultado obtenido no conduce justamente a la finalidad establecida por la propia Ley; como consecuencia, lo que ocurre es que con la actuación administrativa, en realidad, no se alcanza a cumplir la sentencia en la forma y términos que en esta se consignan, para conseguir llevarla a puro y debido efecto».* La Administración Pública, en este caso, considera que la sentencia contraviene sus intereses y aprueba una normativa con la finalidad de impedir su materialización, obligando al ejecutante a conformarse con una indemnización sustitutoria.

Para el Tribunal Supremo, la consecuencia jurídica de este fraude es la nulidad, como se establece en el art. 103 LJCA. Este efecto jurídico se extenderá a *«los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento»*, según la STS núm. 1900/2017, de 4 de diciembre.

El ámbito urbanístico es un ejemplo ilustrativo de la complejidad que presenta esta amplia potestad reglamentaria de la Administración encaminada a boicotear la ejecución. Es común la sucesión de actos o disposiciones urbanísticas aprobadas para dejar sin efecto una sentencia que declara nula una licencia. Se trata de una práctica consistente en aprobar normas ad hoc para legalizar situaciones urbanísticas que han sido declaradas ilegales.

El problema central que plantea la normativa que obstaculiza la ejecución es el de determinar la verdadera intención que persigue la Administración. A menudo, los actos y disposiciones administrativos pueden ocultar una intención fraudulenta, incluso cuando se presentan como instrumentos abiertos y de aplicación general que van más allá del marco de la sentencia a ejecutar. Por ejemplo, se puede pensar en un plan especial urbanístico para un área urbana más extensa que oculta su verdadera intención de evitar la demolición de viviendas declaradas ilegales por una sentencia.

No es fácil establecer un criterio definitivo para determinar esta intención fraudulenta, que tendrá que ser investigada según los datos específicos del caso. En la detección de este fraude administrativo, se ha adoptado la doctrina francesa que se centra en la fecha de las normas emitidas por la Administración con respecto al fallo judicial³⁷. Por lo tanto, las regulaciones anteriores al fallo de la sentencia gozan de cierta legitimidad, aunque podrían haberse aprobado para cubrirse ante la probabilidad de una sentencia en contra, lo que podríamos denominar como una convalidación preventiva que, al ser anterior a la sentencia condenatoria, sirve como garantía de su futura inejecución. En cambio, las regulaciones posteriores a la sentencia parecen tener un objetivo evasivo y presentan enormes dificultades para su validación.

En cuanto a los límites objetivos, se ha descartado que la mera expectativa de cambios normativos futuros o el paso del tiempo justifiquen una falta de cumplimiento por esta causa³⁸.

Aunque en algunos casos se hayan llevado a cabo las medidas establecidas por una normativa fraudulenta, no se pueden validar sus efectos, según la sentencia STS 4683/2012, de 21 de junio. Esto impide a las Administraciones aprovecharse de la lentitud de la justicia para llevar a cabo acciones ilegales.

En estos casos, la judicatura tiene la responsabilidad de determinar si las normativas administrativas son fraudulentas. Si se llega a esa conclusión, el tribunal puede decretar su nulidad de pleno derecho en virtud del art. 103.4 LICA. No obstante, surge una duda importante acerca de cuál es el órgano judicial competente para llevar a cabo esta tarea. De acuerdo con el art. 103.5 LICA, corresponde al órgano judicial encargado de ejecutar la sentencia declarar la nulidad de dichos actos y disposiciones.

37. CASTILLEJO MANZANARES, R. El Proceso Contencioso Administrativo..., *op.cit.*, p. 13-14.

38. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 22/2009, de 26 de enero.

En la sentencia núm. 219/2019, de 4 de febrero, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la nulidad del planeamiento urbanístico que impide la aplicación del pronunciamiento de una sentencia. En este caso, se planteó la supuesta incompetencia del juez contencioso, pero se interpretó el art. 105.2 LJCA en relación al art. 103.4 LJCA para declarar competente al órgano judicial ejecutante³⁹. Por lo tanto, descartándose la competencia del tribunal que teóricamente tenía competencia para anular las normas administrativas en caso de que no existiera la conexión con la sentencia condenatoria.

Debido a la ausencia de criterios objetivos sobre la posibilidad de una legalización post-sentencia, incluso a través de normas legislativas⁴⁰, es necesario reflexionar y establecer parámetros que, fundamentados en un interés general, permitan evitar equívocos y acoger esta modalidad de imposibilidad.

3.2. Las cuestiones que se suscitan en torno a la demolición de inmuebles

Una de las cuestiones más importantes que surgen en las ejecuciones es la demolición de inmuebles, la cual requiere un tratamiento específico según lo establecido en la regulación procesal correspondiente. En particular, el art. 108.3 LJCA establece que, en los casos en que se ordene la demolición de un inmueble, se requerirá la prestación de garantías suficientes para el pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, salvo que una situación de peligro inminente impida esta medida.

La incorporación de esta disposición en la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, se debió a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes gallegas y cántabras del ámbito urbanístico⁴¹, que pretendían proteger a los terceros de buena fe que adquirieron una vivienda que luego fuera demolida por una sentencia urbanística. Estas disposiciones respondían a una preocupación del Parlamento Europeo sobre la posición de los adquirentes de viviendas que re-

39. Así lo establece la STS núm. 219/2019, de 4 de febrero.

40. Debemos observar que la competencia del juez se limita a anular los actos, las disposiciones y los reglamentos administrativos, sin embargo, en lo que respecta a las leyes se tiene que limitar a plantear la cuestión de inconstitucionalidad si entiende que contravienen el derecho a la ejecución de una sentencia.

41. La STC núm. 137/2012, de 19 de junio, declaró inconstitucional y nula la Disposición Adicional segunda de la Ley de Galicia 18/2008, de 29 de diciembre, de vivienda. En lo que respecta a la normativa cántabra, el Tribunal Constitucional, sentencia núm. 92/2013, de 22 de abril, también declaró la inconstitucionalidad y nulidad de una parte de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y del régimen urbanístico del suelo de Cantabria, introducida por el art. 2 de la Ley del Parlamento de Cantabria 2/2011, de 4 de abril.

sultaban ilegales⁴². Curiosamente, la norma procesal recoge una regulación similar a la normativa autonómica anulada por el Tribunal Constitucional, la cual establecía como requisito previo a la ejecución de la demolición de un inmueble la exigencia de una indemnización para los terceros de buena fe que habían adquirido una vivienda en el lugar. Esta medida buscaba evitar que los terceros se quedaran sin vivienda ni indemnización tras la demolición.

Por lo tanto, es importante aclarar que no estamos ante un caso de inejecución, cuyos motivos se encuentran recogidos en el art. 105.2 LJCA, sino ante un requisito procesal para llevar a cabo la ejecución⁴³. En este sentido, es importante destacar que esta indemnización no puede limitar el derecho a la ejecución de la sentencia, razón por la cual las normas gallega y cántabra fueron declaradas inconstitucionales. Lo que se protege y garantiza es el derecho de terceros a recibir la correspondiente indemnización por la demolición, aunque no hayan sido partícipes en el proceso.

Según el contenido de esta norma procesal, para llevar a cabo la demolición de un edificio en cumplimiento de una sentencia, es necesario constituir previamente y de forma cautelar las garantías necesarias para atender las posibles indemnizaciones a favor de estos terceros de buena fe.

4. Las herramientas de los órganos judiciales para garantizar la ejecución de sentencias

La normativa procesal vigente proporciona herramientas suficientes al órgano judicial para imponer la ejecución de sentencias ante la resistencia administrativa. Por tanto, debemos exigir este resultado para garantizar la credibilidad del ordenamiento jurídico⁴⁴.

42. La preocupación europea viene sintetizada en el Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248(INI)); es más conocido como informe Auken. EZQUERRA HUERVA, A. «A vueltas con la ejecución de sentencias de derribo que pueda causar perjuicios a terceros de buena fe», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 195, Civitas Thomson Reuters, 2018, p.69.

43. Confirmado por el propio Tribunal Supremo en la sentencia número 905/2018, de 1 de junio.

44. Actualmente, la ejecución de las sentencias ya no recae en la Administración, como sucedía en la anterior LJCA, sino que esta responsabilidad la tiene un órgano judicial. Según el autor, esto se debe a que ahora existen medios de ejecución más concretos y amplios que antes, lo que reduce la necesidad de recurrir a la «imaginación judicial» y a la interpretación. Además, antes la Administración gozaba de una posición privilegiada que le permitía decidir discrecionalmente si cumplir o no con las sentencias, pero esta situación ha desaparecido. PÉREZ DEL BLANCO, G. *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Doctrina y formularios*, Del Blanco Editores, 2003, p.61.

En este sentido, el ordenamiento jurídico ha establecido un amplio deber de colaboración de numerosos agentes para cumplir con la parte dispositiva de las sentencias firmes. Además de las partes procesales, el art. 103.3 LJCA exige la colaboración fiel de todas las personas y entidades públicas y privadas.

Además, el art. 112 LJCA permite que el juez o tribunal adopte, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado. Esto permite al juez adoptar todas las medidas necesarias para la ejecución.

Ahora bien, es importante destacar que estas medidas son facultativas. Aunque el precepto obliga al juez o tribunal a adoptar las medidas necesarias para la ejecución, también le da la opción de elegir la que considere más oportuna. Por lo tanto, se puede acordar la medida más conveniente en las circunstancias concretas que rodean la ejecución.

Otro dato importante para entender la lógica de estas medidas, es que la mecánica de la ejecución exige que se designe el órgano de cumplimiento administrativo que será el responsable de la ejecución de la sentencia y, por lo tanto, garante de ese cometido ante el órgano judicial. En ese sentido, el art. 104.1 LJCA exige su designación con la notificación de la sentencia.

En cualquier caso, la normativa procesal ha establecido dos estrategias para que los órganos judiciales logren la ejecución de las sentencias condenatorias. La primera es una vía directa, en la que el juzgado o tribunal ejecuta directamente el fallo condenatorio, dejando de lado al órgano administrativo. La segunda estrategia tiene como objetivo disminuir la resistencia de la Administración, obligándola a ejecutar el contenido de la sentencia tal y como ha sido dictada. A continuación, se describen las medidas que se han establecido para ambas vías, y que están a disposición de los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo.

4.1. La ejecución directa

El órgano judicial tiene la facultad de ejecutar directamente la sentencia, tal y como establece el art. 108.1 LJCA. Se trata de un mecanismo de sustitución de la Administración que ha sido condenada a desarrollar una actividad o a dictar un acto y que supone la materialización de la sentencia. En caso de incumplimiento de esta obligación por parte de la Administración, la acción judicial puede activar dos instrumentos de ejecución directa.

4.1.1. *La ejecución directa con medios propios o por medio de comisario judicial*

El art. 108.1.a) LJCA ha previsto la posibilidad de llevar a cabo la ejecución «a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas». Mediante esta ejecución directa se pretende sustituir a la Administración condenada, que se niega a la ejecución, procediendo al cumplimiento directo del pronunciamiento judicial⁴⁵.

Aunque el art. 108.1.b) LJCA complementa esta facultad judicial permitiendo la adopción de cualquier medida necesaria para que «el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido». En la práctica, el Poder Judicial no cuenta con medios propios para llevar a cabo la ejecución directa. A pesar de que se permite la adopción de cualquier medida necesaria, esta previsión normativa no ha tenido incidencia en la práctica debido a la falta de medios o a la falta de una regulación más explícita sobre esta sustitución. Por tanto, es necesario considerar otras opciones⁴⁶ que permitan una efectiva ejecución de las sentencias.

Por esta razón, lo habitual es acudir a lo que se conoce como la ejecución comisarial⁴⁷. De forma que, el órgano judicial solicita la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada para superar cualquier resistencia al cumplimiento. Esto se logra mediante un mandato directo a determinados miembros de la Administración, evitando las posibles trabas que otros miembros puedan presentar.

45. También se puede dar el caso en que la Administración sea condenada a no realizar una actividad específica y no cumpla con dicha condena. En tal situación, de acuerdo con el art. 108.2 LJCA, se deberá restablecer la situación previa e indemnizar los daños y perjuicios, todo ello bajo la advertencia de que podría cometer un delito en caso de reincidir en el incumplimiento. El mismo procedimiento se seguirá si la Administración contraviene la ejecución del fallo de la sentencia.

46. GEIS CARRERAS, G. *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Tesis doctoral, 2009, pp. 405-407.

47. La técnica jurisdiccional de ejecución de sentencia implica que el control de la ejecución corresponde exclusivamente al órgano judicial. Para mejorar la eficacia de esta función, el tribunal ejecutor puede requerir la colaboración especial de cualquier persona física, ya sea un funcionario o no, mediante la técnica del comisario o comisionado. Es importante destacar que esta técnica es jurisdiccional y no administrativa, ya que el comisario actúa como agente o mandatario del órgano judicial encargado de la ejecución forzosa. Por lo tanto, las reclamaciones que se puedan formular contra las decisiones del comisario no son recursos contra actos administrativos, sino contra actos jurisdiccionales. Un ejemplo sería si un juez ordena a una Diputación sustituir a un Ayuntamiento que incumple una sentencia, esto no se considera una sustitución interadministrativa, sino una técnica jurisdiccional. ARNALDO ALCUBILLA, E. y FERNÁNDEZ VALVERDE, R.. *Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, La Ley, 2007, pp. 123-124.

Por último, en el caso de que no se logre esta colaboración, el órgano judicial puede solicitar la ayuda de otras Administraciones públicas para ejecutar directamente la sentencia.

4.1.2. La ejecución subsidiaria a cargo de la Administración

La ejecución subsidiaria a cargo de la Administración es una modalidad de la ejecución directa establecida en el art. 108.1 b) LJCA. Se activa si se constata el incumplimiento de la sentencia, lo que permite que el órgano judicial puede desarrollar la actividad administrativa necesaria o aprobar el acto pertinente para dar efectividad a la sentencia, sustituyendo así a la Administración que se resiste al cumplimiento.

Consecuentemente, el órgano judicial procede a sustituir a la Administración en todos los aspectos necesarios para lograr el cumplimiento de la ejecución, salvo para en la responsabilidad del pago por los gastos producidos.

4.2. La ejecución indirecta

Las principales herramientas que el órgano judicial puede utilizar para forzar la ejecución de forma indirecta⁴⁸, superando la resistencia de la Administración Pública, son la imposición de las multas coercitivas, el requerimiento de responsabilidad patrimonial y la exigencia de responsabilidad penal.

Es importante señalar que el uso de estas medidas está relacionado con un momento específico del proceso de ejecución, que es la designación del órgano administrativo responsable de llevar a cabo la misma. Después de que haya pasado el plazo de cumplimiento voluntario y se haya iniciado la ejecución forzosa, el órgano judicial puede dirigirse directamente al responsable designado y, previo apercibimiento del Letrado de la Administración de Justicia mediante notificación personal, permitirle que este haga las alegaciones que estime oportunas para justificar el incumplimiento de la ejecución. Es en este momento cuando el órgano judicial puede utilizar las medidas coercitivas previstas en el art. 112 LJCA.

48. Se trata de un método indirecto para forzar la ejecución, ya que los instrumentos disponibles buscan presionar al responsable administrativo para que cumpla con la sentencia. No obstante, su efectividad dependerá en última instancia de la voluntad de dicho responsable. DIEGO DíEZ, L. A. «Multas coercitivas a autoridades y funcionarios hostiles al cumplimiento de las sentencias», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49-50, 2017, p. 292.

Para comprender mejor en qué consisten estas herramientas coercitivas y cómo funcionan, es necesario estudiarlas detalladamente.

4.2.1. *Multas coercitivas*

Estas multas coercitivas son una medida económica de presión que se impone, tras el preceptivo requerimiento previo, al responsable de la ejecución designado por la Administración⁴⁹ con el objetivo de asegurar la materialización de la sentencia⁵⁰ y superar las resistencias de la Administración a cumplir con la decisión judicial.

Estas multas se pueden repetir periódicamente hasta conseguir la ejecución. El art. 112 LJCA ordena que, después de transcurrido el plazo para la ejecución voluntaria de la sentencia firme⁵¹ y habiéndose iniciado la ejecución forzosa, el órgano judicial debe adoptar, tras la obligatoria y previa audiencia a las partes, todo tipo de «*medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado*». En esta regulación, se ha previsto la imposición de multas coercitivas que, en nuestra opinión, es el instrumento más eficaz para forzar la ejecución indirectamente⁵².

El mecanismo es sencillo y automático, conforme al citado art. 112 LJCA, el órgano judicial deberá imponer «*multas coercitivas de 150 a 1.500 euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial*».⁵³

En consecuencia, las multas coercitivas son de carácter personal y se dirigen contra una o varias personas físicas concretas⁵⁴ que han sido identificadas

49. Como indica la profesora CASTILLEJO MANZANARES, R. es una obligación personal que se dirige «a un sujeto concreto y determinado, siendo obvio que ha de conocerse la identidad del órgano responsable del cumplimiento». *El Proceso Contencioso Administrativo...*, *op.cit.*, p. 7.

50. Por este motivo, su naturaleza se aleja de las sanciones administrativas, como nos señala la STS, núm. 941/2018, de 29 de mayo.

51. El art. 104.2 LJCA establece que, después de que la sentencia firme sea comunicada al órgano administrativo que hubiera realizado la actividad que ha sido recurrida, éste designará el órgano responsable del cumplimiento, «transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo (...) cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa».

52. *Vid.* PÉREZ DEL BLANCO, G. *La ejecución...*, *op.cit.*, pp. 234-254.

53. Las cuantías de las multas, como todas las cantidades señaladas en la norma procesal, pueden ser actualizadas por efecto de la Disposición Adicional 2ª de la LJCA.

54. Es excepcional y constituye una rareza la imposición de multas coercitivas frente a las personas que no están obligadas en la ejecución del fallo de la sentencia y que tienen un deber de colaboración solamente genérico, aunque [DIEGO DíEZ, L.A.](#) defiende su aplicación y cita el ejemplo del auto del Tribunal de Justicia de Andalucía, (sede de Sevilla), de 13 de julio de 2010. «Multas coercitivas...», *op.cit.*, pp. 313-314.

mediante art. 104 LCA⁵⁵. Si estas personas no desarrollan la actividad necesaria para cumplir con la sentencia, las multas se proyectarán sobre sus patrimonios⁵⁶ como un perjuicio personal evidente⁵⁷. En este aspecto, es importante señalar que la multa es personal y no servirá de nada a la finalidad legal pretendida en caso de que el pago provenga de las arcas públicas.

En cuanto a las cuestiones procedimentales, la norma jurídica también nos indica que «a la imposición de estas multas les será aplicable lo previsto en el artículo 48». Este precepto regula los requisitos que debe seguir el órgano judicial para poder imponer estas multas coercitivas. De acuerdo con los apartados 7º a 10º de esta norma, es necesario constatar la responsabilidad personal. Esto implica que se le haya notificado personalmente su obligación de cumplimiento y que haya tenido la oportunidad de formular las alegaciones que considere oportunas sobre este extremo.

Una vez impuesta la multa, esta será reiterada cada veinte días hasta que se cumpla lo requerido, y en todo caso, el multado podrá interponer el recurso de súplica contra esta decisión⁵⁸. Aunque si no abona las mismas las multas que sean firmes se realizarán por la vía judicial de apremio. Es importante destacar que, en caso de que no sea posible determinar de forma individual al responsable administrativo del cumplimiento de la ejecución, la obligación del pago de la multa se traslada a la propia Administración ejecutada. No obstante, posteriormente, en base al art. 48 LCA, tras su identificación, se podrá repercutir la multa contra el responsable concreto.

Por último, la regulación prevé que tras haberse impuesto las tres primeras multas coercitivas, y persistiendo la resistencia al cumplimiento de la sentencia condenatoria, se advierta al responsable de la ejecución que su conducta puede constituir un posible delito penal. Este apercibimiento sobre la responsabilidad penal se realizará, en todo caso y conforme a lo establecido en el art.

55. La mayor ventaja de estas medidas coercitivas es que personalizan la ejecución, ya que, como afirma el autor, «la voluntad de la Administración pública, en sí misma, no existe. Su conducta se conforma y determina mediante la voluntad de las personas físicas que la integran». *Ibidem.*, p. 293.

56. A pesar de las dudas que se generan, también en nuestra opinión, la multa es personal y «...recae sobre un sujeto distinto al obligado principal, que es la administración Pública correspondiente. la determinación del sujeto debe establecerse con toda claridad en el requerimiento previo. el sujeto pasivo de las multas coercitivas será el mismo que haya sido requerido para llevar a cabo determinadas actuaciones de ejecución de la sentencia», GONZÁLEZ CUETO, T. «La ejecución de sentencias de condena a la administración a realizar una actividad o a dictar un acto», *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 26, 2012, p. 293.

57. *Ibidem*, p. 294.

58. La referencia al «recurso de súplica» se entiende hecha al «recurso de reposición» según establece la Disposición Adicional 8 de la presente ley, añadida por el art. 14.67 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

48.10 LJCA, junto con el requerimiento de la tercera de las multas coercitivas, sin perjuicio de seguir imponiendo nuevas multas.

4.2.2. La responsabilidad patrimonial del responsable de la ejecución

La regulación del art. 112 LJCA menciona específicamente que las multas coercitivas se podrán imponer hasta la ejecución del fallo judicial *«sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar»*. Por tanto, es posible que el órgano judicial imponga otro tipo de responsabilidad patrimonial al responsable de la ejecución para superar la resistencia de la Administración.

4.2.3. La responsabilidad penal

La responsabilidad penal de la persona designada por la Administración para la ejecución no puede ser impuesta directamente por un juez del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ya que carece de competencias penales. Por esta razón, el mecanismo establecido en el art. 48 LJCA prevé que el órgano judicial ejecutante se limitará a poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal después de imponer la tercera multa coercitiva, que incluye un apercibimiento sobre la responsabilidad penal.

Con idéntica previsión, el art. 112 LJCA faculta al juez para deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera haber incurrido la persona física designada como responsable del cumplimiento de la ejecución. Lo que conduce a que Letrado de Administración de Justicia, en ejercicio de su función de dar fe pública, enviará una copia autenticada del expediente judicial de ejecución al Ministerio Público. En cualquier caso, solo existe responsabilidad penal de esta persona física, ya que la responsabilidad penal de las Administraciones Públicas ha sido descartada legislativamente⁵⁹.

Entre los tipos penales del Código Penal, la resistencia al cumplimiento de la ejecución se enmarca en el delito de desobediencia judicial del art. 410 CP, ya que se trata de una desobediencia abierta a las órdenes recibidas por un órgano judicial. Este tipo delictivo se compone de tres elementos: a) la existencia de una resolución judicial que implica una obligación para una autoridad administrativa de actuar o no actuar con el fin de cumplir o ejecutar su contenido⁶⁰; b) la persona debe ser una autoridad o funcionario público y estar designada expresamente como responsable del cumplimiento de la sentencia; c) que esta

59. Tal y como se recoge en el art. 31.1 quinquies del Código Penal.

60. El Tribunal Supremo incluye dentro del marco del art. 410 CP la negativa de las autoridades administrativas a dar cumplimiento a las resoluciones judiciales, SSTs; 80/2006, 6 de febrero; 54/2008, 8 de abril; 263/2001, 24 de febrero; 485/2002, 14 de junio; 415/1999, 9 de abril y 8/2010, 20 de enero, entre otras.

persona no desarrolle abiertamente⁶¹ la actuación a la que la orden judicial la obliga.

Aunque se ha discutido que esta conducta obstativa pudiera encajar en otro tipo penal, concretamente, en un delito de prevaricación del art. 404 CP, recientemente el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 177/2017, de 22 de marzo, ha rechazado esa posibilidad⁶².

5. Propuestas para garantizar la ejecución

A lo largo de estas líneas, hemos expuesto los graves problemas que conlleva la ejecución de las sentencias en el orden contencioso-administrativo. Esta situación nos lleva a reflexionar sobre la importancia de abordar esta cuestión, ya que representa uno de los mayores desafíos a la credibilidad del sistema judicial actual.

5.1. El papel protagonista del órgano judicial

Con el fin de ofrecer soluciones, es fundamental destacar el papel activo que debe desempeñar el juez, quien, una vez ha resuelto y declarado el derecho, debe asegurar su efectiva materialización mediante los instrumentos que el ordenamiento jurídico le proporciona.

En el histórico conflicto de legitimidades entre el Poder Judicial y el Poder Político inherente en la Administración, los mayores problemas prácticos que surgen actualmente se relacionan con la discusión de la legalidad administrativa, especialmente en el ámbito urbanístico.

61. El alcance de la expresión «abiertamente» ha ido definiéndose por la jurisprudencia y debemos incluir dentro del concepto a los comportamientos activos y pasivos u omisivos ya sean estos expresos o tácitos. La STS núm. 54/2008, de 8 de abril, lo asimila a «la negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca». Aunque la STS 1203/1997, 11 de octubre, también nos indica que «este delito se caracteriza, no sólo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde».

62. En un caso de gran repercusión social, la sentencia núm. 177/2017 del Tribunal Supremo, dictada el 22 de marzo, resuelve que, a pesar de existir una doble acusación por los delitos de prevaricación (art. 404 CP) y desobediencia judicial (art. 410 CP), no se está ante un concurso de delitos, sino ante un concurso de normas. Es decir, ambos delitos se refieren al mismo comportamiento del acusado, por lo que estamos ante «un concurso de normas en el que el desvalor de una de las acciones —la desobediencia— absorbe el posible desvalor de la otra —la prevaricación—».

Aunque la fiscalización de la Administración es mínima, ya que no todos sus actos y disposiciones son judicializados, las sentencias que contradicen el criterio administrativo a menudo no son ejecutadas, creando un agujero negro de inexecución que, cuando es resultado de una discrecionalidad fraudulenta, supone un grave problema para el Estado de Derecho. En estos casos, la obstinación administrativa genera una completa frustración del sistema judicial que debe ser erradicada, ya que de lo contrario, la grieta en el mecanismo judicial puede provocar la propia quiebra del elemento más esencial: la confianza ciudadana en la Ley.

Este fenómeno refleja mejor que cualquier otro las dificultades del control ciudadano de las decisiones administrativas. El proceso judicial presenta complejidades sustanciales que dificultan su control y la desigualdad de recursos solo beneficia a la Administración Pública. Si a esto le sumamos la inexecución, lo que emerge es la impunidad administrativa.

Resulta curioso que en un mundo en el que la Administración interviene profundamente en la economía, proporcionando servicios indispensables, no se hayan planteado mecanismos más eficaces y sencillos para salvaguardar los intereses del administrado que, al igual que el consumidor ante las grandes corporaciones, solo puede observar y resignarse a un terreno hostil. También debemos destacar que la poderosa Administración, a diferencia del débil administrado, cuenta con una cartera sin fondo que pagamos entre todos.

Además de confiar en la inteligencia artificial, consideramos que la solución al problema de la inexecución radica en la actividad proactiva que el órgano judicial debe emprender para hacer efectiva la sentencia contra la Administración, tal como lo dispone el mandato constitucional. Por lo tanto, es necesario reivindicar el papel de los jueces, quienes deben defender la tutela judicial efectiva del ciudadano desprotegido frente a la Administración, más allá de los formalismos. Como afirma RAMÓN FERNÁNDEZ en su estudio sobre la resistencia de la Administración a la ejecución, se debe exigir al Poder Judicial *«un cambio de mentalidad y un proceso de autoafirmación por los Tribunales de su propia función que elimine los desfallecimientos a los que, en último extremo, es imputable la existencia misma de aquellas dificultades»*⁶³.

Conscientes de esta clave, el Legislador reforzó el papel del juez frente a la Administración al derogar la norma que permitía que la ejecución se desarrollara fuera de la actividad jurisdiccional y atribuyendo nuevas facultades a los órganos judiciales. Anteriormente, el art. 103 de la ley procesal de 1956 esta-

63. RAMÓN FERNÁNDEZ, T. «De nuevo...», *op.cit.*, p. 275.

blecía que «*la ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso*». Sin embargo, tras la reforma, en la actual ley procesal aprobada por la Ley 28/1998, de 13 de julio, se proclama que la ejecución corresponde a los Juzgados y Tribunales que hayan conocido el asunto en primera o única instancia del orden contencioso-administrativo. Esta reforma cerró un gran agujero negro del sistema de ejecución y se ajustó veinte años después a lo que establece la Constitución, pero aún así, la Administración sigue resistiéndose a cumplir las sentencias cuando le conviene.

En nuestra opinión, la forma de solucionar esta incoherencia del Estado de Derecho es aplicar restrictivamente la posibilidad de inejecución de las sentencias que tanto daño causan a la Justicia. Para lograr esto, los tribunales deben ejercer su autoridad con toda su crudeza, incluso contra la Administración⁶⁴. La sentencia núm. 149/1989, de 22 de septiembre, del Tribunal Constitucional, es ejemplar en este sentido, ya que afirma que «*cuando tal obstaculización se produzca, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución*».

En este contexto, como hemos expuesto, el órgano judicial cuenta con suficientes herramientas disponibles con el fin de abordar la discrecionalidad subjetiva de la Administración y superar su resistencia a ejecutar las sentencias condenatorias firmes tal como fueron dictadas.

Además, queremos subrayar dos aspectos que requieren una mejora sustancial en el marco de la ejecución en el orden contencioso-administrativo.

5.2. La reparación sustitutoria

En primer lugar, llama poderosamente la atención que en caso de que se acuerde la inejecución, el ejecutante frustrado no tiene automáticamente una reparación sustitutoria. El problema se presenta por la redacción del art. 105.2 LCA que exige que la indemnización sustitutoria debe ser reclamada y justificada por el ejecutante que ve frustrada su acción⁶⁵. Es importante destacar que el tenor literal de la norma señala que, en caso de imposibilidad de ejecutar la sentencia, se debe fijar «*en su caso la indemnización que proceda por la parte*

64. El autor nos recuerda que el deber de ejecución de las sentencias recae exclusivamente en los órganos judiciales, por lo que es necesario exigirles una actitud enérgica para garantizar que se cumplan de manera efectiva. PÉREZ DEL BLANCO, G. *La ejecución...*, op.cit., p. 60.

65. Una posición absurda, ya que no debemos olvidar que la intención de la acción del ciudadano no se dirige simplemente a anular un acto o disposición de la Administración, sino que tiene como finalidad anular las consecuencias jurídicas que ocasionan esas actuaciones administrativas.

en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno», debiendo remarcarse la utilización del término «en su caso»⁶⁶. Lo que supone que, en caso de ausencia de sustitución, se podría frustrando aún más el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante.

5.3. Una reforma del urbanismo

En segundo lugar, los principales retos en cuanto a la inejecución se presentan en las actuaciones y normas urbanísticas, que merecen un tratamiento específico. Podemos constatar que, en la actualidad, la principal resistencia de la Administración a la ejecución de sentencias se concentra en las sentencias que afectan al urbanismo.

El nudo gordiano se sitúa en este ámbito particularmente por la propia naturaleza de las normas urbanísticas que despliegan sus efectos una vez aprobados y, en cambio, el control judicial sobre su legalidad se realiza después del despliegue de sus consecuencias físicas⁶⁷. Esto genera un grave problema que va más allá del debate jurídico, debido a que la aprobación de estas normas conlleva la transformación de la realidad física de nuestros pueblos o ciudades y que también afecta a la ciudadanía al adquirir sus viviendas⁶⁸ o inmuebles, que incluso son transmitidas posteriormente a terceros⁶⁹ antes de su declaración de nulidad.

Ante esta realidad, la declaración judicial que anula el soporte jurídico que ha permitido la edificación o transformación urbana no es, en la práctica, reversi-

66. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H.M.. «Inejecución de sentencia y derecho indemnizatorio», *Actualidad administrativa*, núm. 10, 2015, p. 2.

67. En ese sentido, a nuestro juicio, resultan adecuadas las propuestas presentadas por COMINGES CÁCERES, F. que apuesta por el rigor, formal y sustantivo, en la elaboración de los planes y en la celeridad en la resolución de las impugnaciones a los planes e incluso al diseño de procedimientos especiales en estas situaciones. «Los efectos de la anulación judicial de un plan general. La necesaria modulación de la equiparación de planes urbanísticos y disposiciones reglamentarias. Propuestas de mejora del sistema», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 314, 2017, pp. 79-82.

68. La complejidad del derecho urbanístico permite validar los actos que se han desarrollado en aplicación de un instrumento de planeamiento que ha sido declarado nulo. PLAZA GONZÁLEZ, M. «La nulidad de los instrumentos de planeamiento general y la preservación de los actos firmes dictados a su amparo», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 312, 2017, pp. 121-122. En este sentido, la STS núm. 1717/2020, 14 de diciembre, sienta doctrina validando las licencias obtenidas, a pesar de la posterior anulación del plan general, incluso por silencio positivo.

69. La cuestión jurídica es de gran complejidad, pero, en todo caso, al tercero se le exige buena fe y diligencia en su actuación. BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A.L. «La demolición urbanística a la luz del artículo 108.3 de la LJA. Certezas e interrogantes», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 39, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 57-60.

ble una vez que se constate su materialización⁷⁰. En la construcción de nuestras ciudades convergen intereses profundos y la demolición de edificios o viviendas plantea problemas económicos y sociales difíciles de afrontar para los órganos judiciales⁷¹.

Los intereses reunidos en torno al urbanismo tampoco permiten el juego de la cautela, que pasaría por asegurar, a través de una garantía económica exigible al promotor, que respondiese ante cualquier afectado en caso de la reversión de la legalidad tras el control judicial de la legalidad. El volumen económico de la construcción en la práctica convertiría su depósito en inviable. En este sentido, tampoco es realizable lo contrario, es decir, que la interposición de un recurso judicial suponga la paralización de todo el desarrollo urbanístico.

Tampoco puede admitirse que la interposición de un mero recurso frente a la aprobación de estas normas suponga el freno a un desarrollo que es demandando social y económicamente como prioritario, ya que, en muchas ocasiones, es la salvaguarda de derechos básicos, como la vivienda, el trabajo, la movilidad o incluso proyectos económicos. Aunque podamos distinguir entre la naturaleza y la envergadura de las actuaciones urbanísticas, la simple judicialización no puede llevarnos a abandonar un desarrollo que pueda considerarse esencial para la sociedad. Sería poner el mundo al revés, en lugar de que la justicia ofrezca un servicio público para la resolución de los litigios, se estaría supeditando las necesidades sociales a la justicia.

La cautela parece no servirnos ante la construcción física que, incluso supera las propias prerrogativas del derecho y se plasma de manera caótica en muchos extrarradios urbanos. Además, la propia Administración, amparada en las urgentes necesidades sociales, acelera la aplicación de instrumentos urbanísticos que ha aprobado para convertir en definitivos sus efectos⁷². También es importante recordar que el urbanismo está conectado con las entidades locales, que en muchas ocasiones no tienen los recursos ni las capacidades para gestionar adecuadamente estas cuestiones.

70. Uno de los mayores problemas que presenta esta materia es la ausencia de mecanismos alternativos de resolución de conflictos de carácter preprocesal. GIFREU FONT, J. «Reflexiones...», *op.cit.*, pp. 58-62.

71. Incluso la jurisprudencia del TEDH ha limitado el margen de actuación de los órganos judiciales cuando se trata de la demolición de propiedades que constituyen domicilio habitual de estos terceros, porque entiende que entra en juego el derecho a la vida privada y familiar (STEDCH Ivanova y Cherkezev, de 21 de abril de 2016) e, incluso, estamos ante un desajuste de la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación a la jurisprudencia del TEDH en esta materia. ALONSO MAS, M^aJ. y REVUELTA PÉREZ, I. «Buena fe contra demolición urbanística. Cuestiones sustantivas y procesales», Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 31, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 27-29.

72. La autora señala acertadamente la posibilidad de limitar la posibilidad del *ius variandi* de la Administración para controlar los efectos fraudulentos en relación a la ejecución. GEIS CARRERAS, G. *La ejecución...*, *op.cit.*, pp. 158-160.

No se trata solo del empeño de los políticos por presentar transformaciones físicas que perduren en el tiempo, ni de la temporalidad de sus mandatos. También afecta a un modo de hacer que incumbe a todo el personal técnico y jurídico de la Administración.

La apuesta por el desarrollo urbanístico saltándose la legalidad tampoco ha encontrado freno en los juzgados, ya que, en muy pocas ocasiones se aplican los efectos de la nulidad radical de estos instrumentos, lo que supone, en la práctica, que no se acuerde ninguna demolición de las edificaciones ilegales.

La Administración se ve responsable de las consecuencias económicas y sociales de la nulidad de estas sentencias, lo cual lleva a una conducta colectiva para evitar este resultado. Se podría plantear incluso frente a los políticos y funcionarios que han avalado la legalidad de la construcción.

En este contexto, es importante mencionar que otro factor clave que impulsa a la Administración a resistirse frente a la ejecución de estas resoluciones urbanísticas es la responsabilidad que se le atribuye por las posibles consecuencias económicas y sociales de la nulidad de estas sentencias. Esta responsabilidad también puede ser imputada a los políticos y funcionarios que han avalado la legalidad de la construcción. Esta situación conduce a una conducta colectiva de evitar este resultado, lo que genera una especie de inercia en la que la Administración se resiste a actuar en contra de lo que ya ha sido construido, aunque ello implique la vulneración de la legalidad.

En todo caso, resulta paradójico que tengamos una legislación que concede y controla las licencias urbanísticas por parte de la Administración, pero que permite que los mayores beneficios económicos los reciban los promotores.

En nuestra opinión, es necesario modificar este diseño administrativo, ya que no puede ser que un promotor que haya edificado conforme a una licencia recurrida y finalmente anulada no tenga ninguna responsabilidad en la práctica⁷³. Por lo tanto, proponemos una solución que obligue a los promotores a compartir también los riesgos de la posible anulación de la cobertura administrativa que permite la edificación⁷⁴, asumiendo los riesgos económicos de la

73. Una de las propuestas más interesantes apuesta por transferir al promotor la responsabilidad sobre los efectos de la nulidad del planeamiento, es decir, la Administración sería responsable desde la concesión de la licencia hasta que el promotor tiene conocimiento del pleito. Sin embargo, en la práctica, conllevaría la paralización de la obra hasta la finalización del conflicto jurídico. TORRES COBAS, F. «La cruz de la ejecución de sentencias en materia urbanística: ponderación o ejecución de las sentencias en sus propios términos», *Institut de Dret Públic*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2007, p. 178.

74. Uno de los asuntos más conocidos es el de Algarrobico. Entre los problemas que presenta destaca la cuestión de la responsabilidad de la Administración. MARTÍN VALDIVIA, S. M.^a. «EL ALGARROBICO», historia de un

hipotética declaración de nulidad de la construcción mediante avales o cauciones precisas. Incluso se podría flexibilizar este requisito según la tipología de la construcción, ya que no es lo mismo construir un polígono que un bloque de viviendas, o calculándose en función del riesgo de nulidad que se produce en caso de la incoación de procedimientos frente a la decisión administrativa⁷⁵.

Todo esto nos lleva a defender una reforma de la configuración del urbanismo que evite que estos problemas se diluciden en el marco de la ejecución, superándose mediante una regulación más garantista de la acción contra las actuaciones y planeamientos urbanísticos⁷⁶ aprobados por la Administración Pública⁷⁷.

Además, es importante destinar parte de los beneficios preventivamente para cubrir posibles ejecuciones de sentencias de ilegalidad. Si la Administración asume en solitario el mayor riesgo de reversión de la construcción con el deber de indemnizar a los afectados, entonces debería considerarse la posibilidad de que asuma directamente el papel del promotor de estas transformaciones constructivas. No es justo que, en una colaboración público-privada, lo público asuma todos los riesgos. En ese caso, sería preferible que la transformación física de nuestras ciudades se haga a través de la promoción pública con la obtención previa de los terrenos necesarios mediante la vía de la expropiación.

Otro factor que debe revisarse es la burocracia de la propia Administración. La personalidad única y propia de cada organismo público no debe permitir interpretaciones jurídicas particulares de las normas administrativas, especialmente las urbanísticas. En este sentido, la autonomía administrativa no puede generar inseguridad jurídica en la ciudadanía. Por lo tanto, es necesario establecer una codificación clara de todo el urbanismo y establecer presupuestos preceptivos como guías de actuación y resolución de conflictos, sin depender de los criterios judiciales. Es esencial regular los efectos jurídicos de la nulidad del planeamiento urbanístico para evitar equívocos sobre su alcance.

fracaso institucional», *Monografía núm. 1/2022. Revista de Urbanismo y Edificación*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, versión digital.

75. Dada la repercusión de la inejecución en materia urbanística, es importante recordar que, conforme al art. 62 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 20 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, la acción para exigir a los órganos administrativos y los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo la observancia de las leyes y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística es pública.

76. Aunque no existan estudios concretos, existen dudas sobre los intereses reales de ciertos actores que ejercitan la acción judicial frente a los planeamientos urbanísticos.

77. El reto es enorme y las soluciones pasan por imaginar técnicas preventivas y fórmulas nuevas como defiende MARTÍN REBOLLO, L. «Ejecución de sentencia y técnicas obstruccionistas», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 28, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 39-40.

Proponemos establecer un control administrativo especializado en este ámbito que ofrezca más garantías en las licencias urbanísticas. Nuestra propuesta consiste en la creación de un órgano específico para la materia, similar al que existe en la contratación pública⁷⁸: especializado, gratuito, ágil y con capacidad de decisión. Esto ayudará a garantizar un proceso más justo y transparente en la concesión y control de licencias urbanísticas.

En cuanto al proceso judicial, proponemos la creación de una especialidad que acelere las decisiones judiciales sobre urbanismo. La realidad y el sentido común dictan que la decisión judicial debe tomarse antes de la edificación, lo que requiere celeridad y urgencia en el proceso.

6. A modo de epílogo

Como conclusión final de nuestro estudio, es necesario subrayar que, una vez emitida una sentencia tras el correspondiente proceso declarativo iniciado por un ciudadano contra la Administración, no se debe permitir ninguna maniobra fraudulenta que ampare su inejecución.

Las resoluciones judiciales deben cumplirse, independientemente de la naturaleza del obligado a hacerlo, ya que, de lo contrario, se erosionaría la confianza en el sistema judicial y en las instituciones públicas. El uso de argucias procesales por parte de la Administración para evitar cumplir las sentencias le sitúa por encima de cualquier autoridad y genera una sensación de impunidad, agravada por el hecho de que esto se haga en nombre del interés público. Incluso la ejecución en este marco adquiere mayor relevancia que en los procesos entre particulares, ya que implica el restablecimiento de la legalidad. Las autoridades administrativas, como parte del Estado sometido al imperio de la ley, deben alinear sus intereses con la necesidad de garantizar una adecuada administración de justicia.

Evidentemente, la justicia no es un concepto absoluto y, como hemos sugerido, si existen cuestiones de fondo que crean situaciones difíciles de revertir para la Administración, deben considerarse reformas estructurales en este ámbito que conduzcan a soluciones razonables, como las propuestas en el apartado anterior. Sin embargo, una vez alcanzado el estadio procesal de la ejecución de sentencias, no hay marcha atrás. En consecuencia, cuando un órgano judicial inva-

78. Nos referimos a los Tribunales administrativos de Contratación Pública y al recurso especial previsto en los arts. 44 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

lida un acto administrativo, la colaboración y lealtad⁷⁹ institucional⁸⁰ de los poderes administrativo-políticos hacia el Poder Judicial debe ser total.

En este sentido, las Administraciones Públicas deben dar ejemplo en la ejecución de las sentencias. Debe hacerse justicia, aunque el cielo se desplome y perezca el mundo: «*Fiat iustitia, ruat caelum, Fiat iustitia et pereat mundus*».

7. Bibliografía

- A. B. GONZALÉZ MARTÍN. «La ejecución civil frente a ejecución administrativa: privilegios de la Administración» en *Estudios sobre Derecho Procesal*, vol. IV, I DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS SANCHEZ (dirs.), Sopec, 1996.
- A. EZQUERRA HUERVA. «A vueltas con la ejecución de sentencias de derribo que pueda causar perjuicios a terceros de buena fe», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 195, Civitas Thomson Reuters, 2018.
- A. NIETO GARCÍA. *La organización del desgobierno*, Ariel, 1984.
- A.L. BERMÚDEZ FERNÁNDEZ. «La demolición urbanística a la luz del artículo 108.3 de la LJA. Certezas e interrogantes», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 39, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- A.M. BARRACHINA ANDRÉS, «La ejecución de los acuerdos de mediación Contencioso-Administrativa», *Derecho Administrativo 2021*, Tirant lo Blanch, TOL8.573.087.
- B. BELANDO GARÍN analiza esta cuestión en profundidad y aboga por la extensión de la mediación, en «La mediación intrajudicial contencioso administrativa frente al colapso de la justicia», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 207, 2020.
- E. ARNALDO ALCUBILLA y R. FERNÁNDEZ VALVERDE. *Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, La Ley, 2007.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA. «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de administración pública*, núm. 38, 1962.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA. «Los postulados constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», *Documentación administrativa*, núm. 209, 1987, p.10.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativos*, Civitas, 1984.

79. Como acertadamente señala G. GEIS CARRERAS, la lealtad no puede confundirse con la negación al derecho de interponer los recursos o medidas pertinentes de amparo. *La ejecución...*, *op.cit.*, pp. 154-155.

80. J.R. CHAVES GARCÍA. «Conflicto y colaboración...», *op.cit.*, p. 63.

- E. GÓMEZ ORBANEJA y V. HERCE QUEMADA. *Derecho Procesal Civil*, vol. segundo, Artes Gráficas, 1975.
- E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES. «Inejecución por la Administración Pública de condenas pecuniarias acordadas en sentencia firme judicial» en *Libro Homenaje a Jaime Guasp*, Comares, 1984.
- E. PARICIO RALLO. «La insolvencia de la Administración. Ejecución judicial de deudas públicas», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 30, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2012.
- F. COMINGES CÁCERES. «Los efectos de la anulación judicial de un plan general. La necesaria modulación de la equiparación de planes urbanísticos y disposiciones reglamentarias. Propuestas de mejora del sistema», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 314, 2017.
- F. PERA VERDAGUER. *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956*, Bosch, 1992.
- F. TORRES COBAS. «La cruz de la ejecución de sentencias en materia urbanística: ponderación o ejecución de las sentencias en sus propios términos», *Instituto de Dret Públic, Fundación Democracia y Gobierno Local*, 2007.
- F.J. SOSPEDRA NAVAS, «La ejecución de sentencias en materia de función pública», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 26, 2011.
- G. CARBALLO MARTÍNEZ. «La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29. 2013.
- G. GEIS CARRERAS. *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Tesis doctoral, 2009.
- G. PÉREZ DEL BLANCO. *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Doctrina y formularios*, Del Blanco Editores, 2003.
- H.M. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ. «[Inejecución de sentencia y derecho indemnizatorio](#)», *Actualidad administrativa*, núm. 10, 2015.
- J. GIREU FONT. «Reflexiones críticas en torno al control jurisdiccional de la actividad urbanística de los entes locales», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 310, 2016.
- J. MARTÍNEZ HELLÍN, «Desobediencia de la Administración frente al cumplimiento de las sentencias judiciales. El supuesto especial de nulidad del artículo 103.4 LJCA», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 8, Sección Jurisdicción contenciosa y cuestiones constitucionales, 2021.
- J. PÉREZ ALONSO. «La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelos de “inejecución” de sentencias», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, lustel, 2015, p. 1.

- J.R. CHAVES GARCÍA. «Conflicto y colaboración de las administraciones públicas en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», *Revista Española de Control Externo*, núm. 59, Tribunal de Cuentas, 2018.
- Jean RIVERO, «Problemas actuales de la Administración Pública francesa», *Documentación Administrativa*, núm. 100, 1966, disponible en el siguiente enlace (fecha 2.07.2024): <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/issue/view/151>
- Jean RIVERO. «Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès pouvoir» en *L'Administration et le droit. Regards sur la société internationale*, varios autores, André de Laubadère, André Mathiot, Jean Rivero, Georges Vedel, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980.
- L. A. DIEGO DíEZ. «Multas coercitivas a autoridades y funcionarios hostiles al cumplimiento de las sentencias», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49-50, 2017.
- L. MARTÍN REBOLLO. «Ejecución de sentencia y técnicas obstruccionistas», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 28, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- L.H. MOYA MEYER, «Apuntes sobre la mediación en el proceso contencioso-administrativo», en *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2010.
- M. PLAZA GONZÁLEZ. «La nulidad de los instrumentos de planeamiento general y la preservación de los actos firmes dictados a su amparo», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 312, 2017.
- M. TÁBOAS BENTANACHS. «La imposibilidad de ejecución material y jurídica de las sentencias firmes contencioso-administrativas en materia de urbanismo. Una visión desde la conflictividad contencioso-administrativa en Cataluña», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 35, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014.
- M.C. ESCUDERO HERRERA. *Los obstáculos para la ejecución de las sentencias en el contencioso administrativo, y sus soluciones*, Dykinson, 2005.
- M^a.J. ALONSO MAS y I. REVUELTA PÉREZ. «Buena fe contra demolición urbanística. Cuestiones sustantivas y procesales», *Monografía asociada a Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 31, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- R. CASTILLEJO MANZANARES. *El Proceso Contencioso Administrativo. Primera Instancia y Ejecución del Procedimiento Ordinario*, Tirant lo Blanch, 2018, documento electrónico (Tol 6.823.597).
- S. M.^a MARTÍN VALDIVIA, «“EL ALGARROBICO”, historia de un fracaso institucional», Monografía núm. 1/2022. *Revista de Urbanismo y Edificación*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, versión digital.
- T. GONZÁLEZ CUETO, «La ejecución de sentencias de condena a la administración a realizar una actividad o a dictar un acto», *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 26, 2012.

- T. RAMÓN FERNÁNDEZ. «[De nuevo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas](#)», [Revista de administración pública](#), núm. 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1977.
- T. RAMÓN FERNÁNDEZ. «Proceso contencioso-administrativo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 29, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

VII | Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria y jurisprudencia constitucional: la forzosa (y forzada) adecuación del modelo tradicional de ejecución civil a los estándares europeos

Jesús María González García
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. UNA REALIDAD A PRUEBA DE ESCÉPTICOS: LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA UE EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL. 2. LA INCORPORACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS A TRAVÉS DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL: PRIMERA APROXIMACIÓN. 3. EL RÉGIMEN DEL CONTROL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DENTRO DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA, A LA LUZ DE LA STC 31/2019, DE 28 DE FEBRERO: 3.1. UNA SENTENCIA POLEMICA Y PIONERA. 3.2. LA DOCTRINA DE LA STC 31/2019 SOBRE EL MOMENTO PARA CONTROLAR DE OFICIO DE LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS: 3.2.1. Regulación procesal afectada y antecedentes jurisprudenciales. 3.2.2. Las razones de la STC 31/2019: consideración crítica. 4. LA HERENCIA DE LA STC 31/2019, DE 28 DE FEBRERO: APROXIMACIÓN A LAS SSTC 172/2023, 27/2024, DE 26 DE FEBRERO, Y 38/2024, DE 11 DE MARZO: 4. 1. UNA NUEVA DIMENSIÓN DE LA DOCTRINA DEL «FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO»: LA CONSOLIDACIÓN DE UNA INTERPRETACIÓN, TAL VEZ, EQUIVOCADA. 4. 2. LA STC 172/2023, DE 11 DE DICIEMBRE: UNA NUEVA PERSPECTIVA SOBRE LA COSA JUZGADA Y SUS LÍMITES TEMPORALES Y MATERIALES: 4.2.1. Planteamiento. 4.2.2. Cuestiones jurídicas planteadas: consideración crítica. 4.3 LA STC 27/2024, DE 26 DE FEBRERO: LÍMITES TEMPORALES PARA EL CONTROL DE LAS CLÁUSULA ABUSIVAS EN LA EJECUCIÓN: 4.3.1. Planteamiento. 4.3.2. Cuestiones jurídicas planteadas: consideración crítica. 4.4 LA STC 38/2024, DE 11 DE MARZO: DIES AD QUEM PARA EL CONTROL DE OFICIO DE LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS: 4.4.1. Planteamiento. 4.4.2. Cuestiones jurídicas planteadas: consideración crítica. 5. CONSIDERACIÓN FINAL.

1. Una realidad a prueba de escépticos: la incidencia del derecho de la UE en el proceso civil español¹

Si aún quedan escépticos sobre los efectos de la implantación del *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia* (arts. 67 a 89 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea, en adelante TFUE) en la ordenación de nuestro proceso civil, no tienen más que repasar los repertorios de jurisprudencia constitucional para ver la luz. Es verdad que el art. 67.1 del TFUE proclama que la creación de dicho *Espacio* se hace «dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros» (un terreno en el que, lógicamente, se ubica la legislación procesal). Pero no lo es menos que, aceptada la soberanía de los Estados-parte para establecer sus propias regulaciones procesales, cada vez son más numerosos, y más fuertes, los condicionamientos que se imponen al legislador nacional por la legislación comunitaria y la interpretación que de ella se hace desde el TJUE y desde los tribunales nacionales cuando actúan como jueces europeos.

Terreno fértil para el juego de tales condicionamientos es el de la tutela del crédito privado a través del proceso de ejecución y, muy en especial, de la ejecución forzosa basada en título ejecutivo no judicial, con especial protagonismo del procedimiento especial de ejecución hipotecaria de los arts. 681 a 698 LEC. En las relaciones que se establecen entre el acreedor ejecutante (el prestamista, habitualmente una entidad financiera, o aquel a quien se haya cedido el crédito garantizado) y el ejecutado (expresión en la que tienen cabida tanto el obligado al pago como el hipotecante no deudor, esto es, quien grava un bien propio en beneficio de un tercero que asumirá la obligación de amortizar las cuotas del préstamo), así como con terceros interesados (sean fiadores o avalistas, sean terceros poseedores del bien hipotecado), relaciones tradicionalmente reguladas por el Derecho privado general y la legislación hipotecaria interna, ha irrumpido con fuerza el Derecho europeo de consumidores y, muy en concreto, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, en especial desde la conocida STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto *Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa*) y las que han seguido su senda interpretativa.

1. Sirvan estas palabras como modesto homenaje para el profesor Manuel Cachón Cadenas, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Barcelona, de cuyo magisterio hemos bebido muchos procesalistas en los últimos treinta años, al tiempo de su jubilación. En agradecimiento por su amistad y generosa dedicación a la investigación jurídico procesal, que tanto bien nos ha hecho a los estudiosos del proceso y a los profesionales del foro (en la medida en que sea pertinente hacer esta distinción). Con la esperanza de que continúe dando buenos frutos con los que iluminar este camino a veces nebuloso, pero siempre fascinante, de la investigación jurídica, una vez cruzado ese umbral anecdótico que inexorablemente marca el calendario.

No es objeto de la presente reflexión, huelga decirlo, la Directiva 93/13, ni hacer una consideración general de la armonización de los ordenamientos procesales civiles a estándares comunes europeos y los retos que la misma plantea (materia que, es de justicia reconocerlo, ha sido y es estudiada por numerosos colegas dentro del *procesalismo* español). De lo que aquí se trata es, más modestamente, de poner el foco en un asunto particular, casi una cuestión de detalle, en donde se plasma en toda su crudeza el desajuste existente entre algunos aspectos de nuestra legislación procesal y las exigencias derivadas de la legislación europea. Y lo hacemos porque, como veremos seguidamente, la incidencia del Derecho europeo sobre la tutela jurisdiccional del crédito privado va más allá de la delimitación de los derechos y límites de las obligaciones de consumidores y usuarios en la contratación con entidades mercantiles, para acabar afectando finalmente a instituciones procesales más generales.

El modelo procesal anterior al vigente había sido objeto de justas críticas en aspectos significativos de su regulación, pero en lo concerniente a la tutela del crédito privado gozaba de instrumentos eficaces, favorecedores de la seguridad jurídica y de la eficacia del crédito. El problema estaba precisamente en la posición del deudor u obligado al cumplimiento dentro de dicho modelo, puesto que de lo que se trata en todo sistema procesal es de la búsqueda del equilibrio entre la respuesta jurisdiccional pronta y eficaz y el respeto del derecho de defensa de las partes, lo que no es fácil de garantizar en todo caso y de forma plenaria con anterioridad a la ejecución del título no judicial cuando hablamos de la parte deudora. En el caso de la ejecución hipotecaria, además, se privilegia la seguridad y certeza jurídica que da a las relaciones de crédito el sistema hipotecario, hasta el punto de favorecerse la actuación directa de la garantía hipotecaria sin necesidad de un previo proceso de declaración, con una limitación de las defensas atribuidas al deudor ejecutado mayor aún de la prevista, en general, para la ejecución de títulos no judiciales (art. 557 LEC).

La posición del TJUE en este tema, centrada precisamente en la protección de los consumidores, ha dado respuesta a una situación consolidada de abusos y mala praxis de algunos de los intervinientes en la contratación hipotecaria, con especial señalamiento de ciertas entidades de crédito y de algunos garantes de la seguridad jurídica, cuya deficiente actuación debilitó la posición de quien, ya de partida, es la parte más débil en este tipo de negocios jurídicos, y consolidada por una regulación legal desactualizada en algunos de sus preceptos.

Esta tendencia ordenada a proteger legítimamente a los consumidores en el terreno sustantivo, ha terminado por poner en cuestión instituciones procesales muy asentadas y aceptadas por todos, cuya esfera de aplicación no se reduce a este estricto terreno. Y, lo que es más preocupante, por consolidar la idea de que la devaluación de la posición jurídico-procesal del deudor o del sujeto

pasivo en el procedimiento de ejecución hipotecaria se arregla solo con cambios normativos en las leyes procesales. Ciertamente la jurisprudencia había detectado algunos déficits en la ley, como la inicial inexistencia de cauces para el control de oficio de las cláusulas del contrato previo al despacho de la ejecución, la imposibilidad legal de invocar la nulidad del título por cláusulas abusivas como motivo de oposición, o la insuficiencia del régimen de recursos contra el auto que resuelve el incidente del art. 695 LEC, posteriormente corregidos por el legislador². Pero no se trataba tan solo de un problema de la norma procesal.

Incidimos en ello porque el reto que plantea la aplicación de ese *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, establecido en 1993 con el Tratado de Maastricht y consolidado con el Tratado de Lisboa de 2010, no nos enfrenta tan solo a una mera puesta al día de instituciones de contrastada inadecuación a los imperativos que marca el Derecho europeo, sino ante la redefinición de algunas nociones nucleares del proceso: es el caso, como vamos a ver, de la cosa juzgada civil y sus efectos —para algunos, la raíz misma que justifica la autonomía del Derecho procesal con respecto a otras ramas del Derecho—, de la preclusión procesal o de los límites del control de oficio por parte de los jueces en el proceso civil. Algo que no es precisamente tranquilizador. No estamos hablando de particularidades desfasadas o carentes de sentido en la actualidad, sino de instituciones procesales compartidas por la mayoría de los sistemas jurídico-procesales de nuestro entorno. Nuestro proceso civil es fruto de la tradición histórica (como es notorio y ha sido puesto ya de relieve³), pero eso no quiere decir que su construcción actual, superadora de muchos de los déficits derivados de un sistema rutinario, anticuado y excesivamente formalista en muchos de sus aspectos, se haya producido de espaldas a la experiencia de otros países, o que no haya existido permeabilidad con las regulaciones de otros ordenamientos de nuestra tradición jurídica. Que haya sido así parece razonable, pues fijarse en el espejo de otros a la hora de buscar soluciones a problemas compartidos es práctica común de muchos sistemas jurídicos.

2. Ver el art. 7.14 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; la disposición final 4.2 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; o la disposición final 3 del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

3. Ver, por ej., FAIRÉN GUILLÉN, V., *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, Bosch, 1953; o MONTERO AROCA, J., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, Civitas, 1982. Las dos ampliamente citadas en mi obra GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.^a, *La proliferación de procesos civiles*, Madrid, Mc Graw Hill, 1996.

2. La incorporación de la doctrina del TJUE sobre cláusulas abusivas a través del recurso de amparo constitucional: primera aproximación

Lo realmente llamativo del asunto —y por ello ponemos ahí el foco de atención— es que, si la recepción de la doctrina del TJUE en los Estados miembros se ha hecho tradicionalmente a través del diálogo entre el juez nacional y el Tribunal de Luxemburgo, principalmente mediante el uso de la cuestión prejudicial europea (ese instrumento previsto por el art. 267 TFUE que permite la comunicación directa entre la jurisdicción europea y los tribunales nacionales, en relación con la concreta aplicación o interpretación por estos del Derecho de la Unión) o, en caso de existir criterio interpretativo ya consolidado, por su aplicación directa (a través de la doctrina de los llamados «actos aclarados»)⁴, el Tribunal Constitucional, *propria manu*, ha descubierto nuevos caminos para dar efectividad en el Derecho español a la norma comunitaria.

El primer paso hacia este cambio significativo lo dio la STC 26/2014, de 13 de febrero, dictada en el conocido como *Asunto Melloni*. Nada de lo resuelto en este procedimiento tiene que ver con las cláusulas abusivas o con la ejecución hipotecaria, pero su devenir procesal deparó una evolución sustancial en la posición del Tribunal Constitucional con respecto al TJUE y al Derecho de la Unión, que en buena medida anticipa lo acontecido cinco años después con la STC 31/2019, de 28 de febrero, esta sí, de máximo interés para este trabajo. Fue así, porque con ocasión del *asunto Melloni*, el Tribunal Constitucional decidió, por primera vez, erigirse como juez nacional a los efectos del mencionado art. 267 TFUE y, en consecuencia, plantear una cuestión prejudicial europea para poder resolver un recurso de amparo⁵. Hasta este momento, el Tribunal

4. Sobre el particular, ver ALONSO GARCÍA, R., «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)», *Cuadernos de Derecho Público*, 38, 2012, pp. 11-30; MARTÍN VALERO, A. I., «Planteamiento de la cuestión prejudicial y derecho a un proceso con todas las garantías», *Actualidad Administrativa*, n.º 6, 2019; MOLINA DEL POZO, C. F., y SALDAÑA ORTEGA, V., «Una revisión a la teoría del acto claro: a propósito de la sentencia del 6 de octubre de 2021 (Asunto C-561/19): A vueltas con la doctrina Cilfit», *Unión Europea Aranzadi*, n.º 12, 2022; o SARMIENTO, D., «Las interpretaciones estratégicas del Derecho comunitario y la crisis de la doctrina del acto claro», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 9 2006, pp. 75-119. Sobre los requisitos para que el tribunal nacional pueda aplicar la doctrina del acto claro, ver STS (3ª) 1782/2018, de 17 de diciembre del 2018 (rec. n.º 553/2018). Y sobre la doctrina constitucional en la materia, la STC 37/2019, de 26 de marzo.

5. Para ser exactos, no fue una, sino que fueron tres. En el caso, un Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional había acordado la entrega del Sr. Melloni a las autoridades italianas para el cumplimiento de una condena dictada por el Tribunal de apelación de Bolonia, en el marco de una orden europea de detención y entrega, y para cumplimiento de una condena a diez años de prisión, impuesta por un delito de quiebra fraudulenta, que se encontraba en España. El Sr. Melloni agotó la vía judicial y recurrió en amparo por vulneración del art. 24.1 CE y del art. 47 CDFUE. El tribunal italiano le había condena en ausencia, según autoriza el Derecho italiano, pero la Audiencia Nacional debió, a su juicio, antes de acceder a la solicitud de entrega, ponderar que en el Derecho español no se puede dictar sentencia de condena por pena superior a dos años de privación de libertad (es decir, se produjo lo que se denomina una «vulneración indirecta» del derecho fundamental a la

Constitucional había rechazado el planteamiento de cuestiones prejudiciales comunitarias desde la premisa de que su competencia se extiende estrictamente a la tutela del ordenamiento jurídico-constitucional, sector jurídico al que no pertenece el Derecho de la UE, que es supraestatal pero Derecho ordinario al fin y al cabo, y que, por ese motivo, queda fuera del ámbito objetivo de tutela del Tribunal Constitucional⁶.

A partir de la sentencia Melloni, el Derecho Comunitario ha adquirido creciente protagonismo en las decisiones del Tribunal Constitucional hasta reconocerse, en los casos que analizamos en el presente trabajo, como parámetro de control cuando el objeto del amparo es si la resolución judicial ha satisfecho las exigencias constitucionales de motivación o no. Este significativo cambio de rumbo se resume en el FJ 4 de la STC 26/2014: allí, ratificando el criterio mantenido ya en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, el Tribunal Constitucional establece que «el canon de control que debemos aplicar para enjuiciar la constitucionalidad del Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional [...], ha de ser integrado por los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España»⁷.

defensa por la Audiencia Nacional, entendiendo que en España no se podría haber juzgado en ausencia al Sr. Melloni, por lo que no debió acordarse su entrega).

El Tribunal Constitucional, a la hora de resolver, se plantea que para interpretar si los hechos lesionaban el art. 47 CDFUE debía plantear la cuestión prejudicial al TJUE, y así lo hizo, erigiéndose por vez primera en juez nacional a los efectos de atribuirse legitimación activa para promover la cuestión prejudicial. Y lo hizo planteando no una sino tres cuestiones prejudiciales simultáneas, quedando en suspenso la tramitación del recurso de amparo (ATC 86/2011, de 9 de junio): dos de interpretación y una de validez —en relación con el art. 4.bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002, posteriormente modificada por la Decisión Marco 2009/299, del Consejo, de 26 de febrero—.

En su respuesta, el TJUE concluyó que la condena penal impuesta sin comparecencia del acusado no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la incomparecencia sea decidida voluntaria e inequívocamente por un acusado debidamente emplazado y que haya sido efectivamente defendido por letrado designado (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto Melloni). Y, reanudada la tramitación del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional lo desestimó en la aludida STC 26/2014.

6. Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional (DTC) 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2: «producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquella, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos».

7. Entre la amplísima bibliografía generada por el Asunto Melloni, destacamos, por su interés, MACÍAS CASTAÑO, J. M., *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional: el asunto Melloni*, Ed. Atelier, Barcelona, 2014; MARTÍN RODRÍGUEZ, P., «Crónica de una muerte anunciada: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 30, 2013, pp. 1-45; o PUNSET BLANCO, R., «Derechos fundamentales y primacía del derecho europeo antes y después del caso Melloni», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 37, 2019, pp. 189-212.

Más interés tiene para nosotros la posterior STC 31/2019, de 28 de febrero. Esta sentencia va mucho más allá de lo inicialmente previsto en la *Sentencia Melloni*, puesto que en ella el parámetro de control no se circunscribe ya a las disposiciones comunitarias relativas a derechos fundamentales y libertades públicas (más en concreto, a la CDFUE), sino que se amplía indirectamente a la aplicación por el juez español de normas comunitarias comunes.

En la STC 31/2019, la norma comunitaria de referencia es la Directiva 93/13/CEE. Según la doctrina que establece esta resolución, para entender cumplido el canon constitucional de motivación de una resolución judicial no basta con satisfacer las tres exigencias constitucionales clásicas del deber de motivar, según consolidada doctrina (ver, por todas, la STC 37/1995, de 7 de febrero), dentro de los límites de control formal de la motivación que corresponde al Alto tribunal (es decir, que la motivación no sea manifiestamente irrazonable, que no sea arbitraria y que no haya incurrido en error patente), sino que se exige también que el juez español tenga en cuenta la doctrina del TJUE sobre la Directiva 93/13/CEE. De esta manera, se extienden las potestades de control del Tribunal Constitucional a fiscalizar si la motivación dada por el juez ordinario ha tenido en cuenta y aplicado la disposición comunitaria y si su decisión se atiene a ella. En caso de que el juez nacional no lo haya hecho, el Tribunal Constitucional podrá otorgar el amparo, por entender vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Esta línea doctrinal, polémica pero consolidada, plantea una novedad significativa, ajena al objeto principal de la presente reflexión pero con suficiente trascendencia como para dar cuenta de ella ahora: en realidad, por la senda que marca la STC 31/2019, de 28 de febrero, y las que siguen su doctrina, el Tribunal Constitucional actúa como un tribunal ordinario, efectuando mediante el recurso de amparo funciones *paracasacionales* (si vale la expresión), las cuales le habilitan para estimar vulnerado un derecho fundamental por *infracción del Derecho comunitario* o de su doctrina legal. El Tribunal Constitucional ya no se limita a fiscalizar la existencia de motivación suficiente, sino que extiende sus potestades de control a revisar el fondo de la motivación dada por el tribunal ordinario y, de ser el caso, podrá ordenar el reenvío del asunto a la jurisdicción ordinaria para que se dicte una nueva resolución que sea conforme en el Derecho comunitario; eso, por un tribunal que no forma parte del Poder Judicial, según el diseño constitucional, en lo que podría considerarse como una aplicación *ultra vires* de la funciones que nuestra Carta magna atribuye al Alto tribunal en su título IX. A resultados de ello, el objeto de amparo no se limita a apreciar la existencia de motivación suficiente —dentro de los márgenes de control constitucional—, con carácter formal y sin entrar en si la misma es

o no acertada⁸, sino que utiliza la adecuación al Derecho de la Unión de la decisión recurrida en amparo como parámetro de control de si la resolución recurrida respeta o no el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Hay un efecto reflejo derivado de esta doctrina: por la vía de atribuir al Derecho de la Unión y la interpretación que de él hace el TJUE la condición de canon de control sobre el respeto por la resolución judicial recurrida del derecho fundamental a una motivación suficiente, tácitamente se está integrando a la norma europea en el bloque de constitucionalidad, como parámetro de control de los actos de los juzgados y tribunales, cuando tradicionalmente era considerada como legislación ordinaria y, por ende, infraconstitucional, por parte del Tribunal Constitucional (nos remitimos de nuevo a la DTC 1/2004). Eso, que puede ser razonable en casos semejantes al resuelto en el Asunto Melloni (STC 26/2014, de 13 de febrero) —dado que, en él, se alegaba como vulnerado, además del derecho fundamental del art. 24. CE, el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)—, plantea dudas cuando atendemos a lo resuelto por la STC 31/2019 y las que siguen su doctrina, toda vez que, en estos casos, lo que se alega como vulnerado en la demanda de amparo no es un derecho fundamental reconocido en una norma de carácter supranacional, como lo son los reconocidos en la CDFUE, sino una disposición legal integrada en una Directiva comunitaria.

No sabemos si esa fue la intención del Pleno del Tribunal Constitucional cuando dictó la STC 31/2019. Probablemente de lo que se trataba entonces era simplemente de hacer justicia material en un caso en el que el recurrente denunciaba la imposibilidad de hacer valer la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo que había justificado la ejecución despachada contra él. Sin embargo, como tantas veces ocurre con las decisiones del Tribunal Constitucio-

8. En efecto, el control formal de la motivación, según la doctrina constitucional sobre el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, no abarca a la determinación de cuál era la mejor interpretación de todas las posibles, sino a establecer si la dada por el juez tiene cabida dentro de la norma, de forma no arbitraria. Con carácter ejemplificativo y en soporte de lo afirmado, puede leerse la STC 16/2002, de 28 de enero, en la que se establece lo siguiente: «no corresponde al Tribunal Constitucional, [...] rectificar errores, equivocaciones o correcciones jurídicas en la interpretación y aplicación de las normas legales realizadas por los Jueces y Tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el art. 117.3 CE, salvo que al hacerlo violaran alguna garantía constitucional. En caso contrario, el recurso de amparo quedaría transformado en una nueva instancia revisora con merma de las competencias que constitucionalmente corresponden a la jurisdicción ordinaria [...]». Para remachar: «Por tanto, desde la perspectiva de control que nos corresponde, y con independencia de la mayor o menor fortuna en la exteriorización de los argumentos por la Sentencia recurrida, es perfectamente reconocible en esa resolución la interpretación de la legalidad ordinaria [...]. Más allá de esta constatación no nos corresponde revisar la interpretación del Tribunal Superior de Justicia, por lo que procede denegar el amparo interesado.» Más recientemente, confirmando esta doctrina, ver la STC 38/2018, de 23 de abril, FJ 4.

Esta línea interpretativa quiebra en la STC 31/2019, de 28 de febrero, y las que la siguen.

nal, una vez abierta una puerta es prácticamente imposible cerrarla ya. Por eso, si la infracción de la Directiva 93/13/CEE puede ser razón suficiente para considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, no se entiende por qué los argumentos de la STC 31/2019 no pueden ser aptos para entender igualmente vulnerado el derecho fundamental del art. 24.1 CE en otros casos en los que un tribunal ordinario resuelva en sentido contrario a la interpretación dada por el TJUE a cualquier otra disposición comunitaria.

3. El régimen del control de oficio de las cláusulas abusivas dentro de la ejecución hipotecaria, a la luz de la STC 31/2019, de 28 de febrero

3.1. Una sentencia polemica y pionera

La plenaria STC 31/2019, de 28 de febrero, marca un hito en la interpretación del régimen de control de oficio de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecaria por su eventual carácter abusivo. La importancia de esta sentencia, a la que nos acabamos de referir en el epígrafe anterior, se plantea en diferentes dimensiones.

Por un lado, cuestiones polémicas aparte, la STC 31/2019 fue también pionera, por ser tal vez, *s.e.u.o.*, la primera que utiliza el Derecho de la UE como parámetro de control de constitucionalidad a efectos de determinar la vulneración de un derecho fundamental. Lo hace a través de un cauce indirecto, puesto que lo que determina el otorgamiento del amparo en el caso no es que el Juzgado de Primera instancia n.º 32 de Madrid (el que dictó la providencia que era el acto objeto del recurso de amparo) hubiera rechazado el control de oficio instado por la ejecutada en el seno del procedimiento de ejecución, sino que, al hacerlo, no se había dado cumplimiento al estándar de motivación que impone el canon constitucional: es decir, que la motivación de la providencia que inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones —seguidamente veremos en qué términos—, no tuvo en cuenta la doctrina del TJUE, concretamente la establecida en el asunto C-421/14 (*Banco Primus S.A. y Jesús Gutiérrez García*).

Por otro, es en la STC 31/2019 en donde se asume como criterio constitucional la doctrina del TJUE sobre los términos y límite temporal para el control de oficio de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que afecten a consumidores y usuarios. Unos términos y límites aplicados, e incluso rebasados, por las tres sentencias que siguen su doctrina y que la tienen como denominador común (SSTC 172/2023, 27/2024 y 38/20249): veremos más adelante por qué, pero con anterioridad recordaremos los términos del debate planteado en esta interesante —y, en algunos aspectos, desafortunada— STC 31/2019.

3.2. La doctrina de la STC 31/2019 sobre el momento para controlar de oficio de la existencia de cláusulas abusivas

3.2.1. Regulación procesal afectada y antecedentes jurisprudenciales

Como hemos expuesto con extensión en otra sede, el despacho de la ejecución depende, como regla, del control formal sobre la validez del título ejecutivo y sobre el cumplimiento de los presupuestos y requisitos procesales que establece la ley, unos de carácter general (arts. 517, 539 o 546 LEC, por ejemplo) y otros específicos de la ejecución de título no judicial (arts. 520, 572, 682 LEC)⁹. La eventualidad de que la orden de despacho de la ejecución se haga depender de control de la nulidad total o parcial del título ejecutivo, por existencia de cláusulas abusivas, constituye una excepción a la regla, puesto que en ese caso nos hallamos ante una cuestión de fondo que afecta el negocio jurídico que se documenta en el título, y no a la regularidad formal de éste, sea cual sea la validez de lo que en él se formaliza.

De lo que se trata con el control sobre la eventual existencia de cláusulas abusivas antes del inicio de la ejecución forzosa es de determinar *a limine* la validez y alcance de la propia acción ejecutiva, puesto que se pone en cuestión la validez y eficacia del derecho de crédito que está en el origen del derecho subjetivo público del acreedor a darle satisfacción por los cauces de la ejecución forzosa: si no existe derecho subyacente, no habrá acción ejecutiva; y de haber cláusulas abusivas en el contrato, el auto que lo declare acordará poner fin a la ejecución o denegará el despacho solicitado, precisamente porque el acreedor no tenía derecho de crédito válido frente al deudor o, al menos, no lo tenía en las condiciones pactadas en el contrato. Por ello, a lo decidido en relación con las cláusulas abusivas se le otorga fuerza de cosa juzgada (art. 552.2 LEC).

El control de oficio de la eventual existencia de cláusulas abusivas en la escritura de hipoteca se introduce en nuestro Derecho positivo con la reforma operada en la LEC por la mencionada Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda*

9. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.³, *El procedimiento hipotecario. Las ejecuciones de condena no pecuniarias*, Ed. La Ley, Madrid, 2019, *passim*. Y las obras que ella se citan. Es verdad que esta afirmación no aporta grandes novedades con respecto a lo comúnmente entendido por los autores acerca de la función y presupuestos del despacho de la ejecución. Obras generales de referencia, a este respecto, que con anterioridad a nosotros lo han establecido así son, por ejemplo, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Iurium editores, 2001; CORDÓN MORENO, F., *El proceso de ejecución*, Navarra, Aranzadi, 2002; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal civil. Ejecución forzosa, procesos especiales* (con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres), 3ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, o CACHÓN CADENAS, M. J., *La ejecución procesal civil*, Ed. Atelier, Barcelona, 2014. Todos seguimos, en materia de ejecución forzosa, el magisterio pionero de CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957.

y *alquiler social*. Con esta ley se dio virtualidad en nuestro ordenamiento jurídico a la doctrina de la STJUE de 13 de marzo de 2013 (Asunto *Mohammed Aziz*). A dicho fin, la Ley 1/2013 añadió un párrafo segundo al art. 522.1 LEC, dentro de las disposiciones generales reguladoras del despacho de la ejecución. La nueva norma impone al juez el deber de examinar de oficio «si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo» puede ser calificada como abusiva o no y con qué límites, antes de dar respuesta a la petición de despacho. De albergar el juez sospechas fundadas de que es así, ha de dar trámite de audiencia por quince días a las partes, transcurrido el cual decidirá lo procedente con fuerza de cosa juzgada, esto es, como si se hubiera dictado en un procedimiento declarativo plenario. La decisión que se adopte en su caso puede conducir a decretar la improcedencia de la ejecución, o a acordar el despacho de la misma sin aplicación de las cláusulas consideradas abusivas (art. 561.2 LEC).

El fundamento del control de oficio de las cláusulas abusivas para consumidores se encuentra, según la doctrina del TJUE, en el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE. Según la STJUE de 26 de junio de 2000 (C-241/98 a C-244/98, asunto *Océano Grupo Editorial, S.A. y Salvat Editores, S.A.*), § 25, «el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas»: por esa razón, no se puede imponer al consumidor la carga de denunciar dicho carácter, que debe estar sujeto al control judicial de oficio¹⁰; esta misma doctrina se sigue y desarrolla en otras

10. De esta sentencia extractamos algunos fragmentos de interés: «26. [...] existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra. De ello se deduce que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula».

«27. Por otra parte, la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Por tal razón, el artículo 7 de la Directiva, que en su apartado 1 exige a los Estados miembros velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores [...]».

«28. Como ha señalado el Gobierno francés, cuesta comprender que, en un sistema que exige la existencia, con carácter preventivo, de acciones colectivas específicas con el fin de poner término a los abusos perjudiciales a los intereses de los consumidores, el Juez que conozca de un litigio relativo a un determinado contrato, en el que se estipule una cláusula abusiva, no pueda impedir la aplicación de esta cláusula por la mera razón de que el consumidor no haya planteado su carácter abusivo. Por el contrario, es preciso considerar que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva —impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva—, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.»

«29. De cuanto antecede se desprende que la protección que la Directiva otorga a los consumidores implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido

decisiones del TJUE¹¹. En definitiva, el inicio del proceso de ejecución se condiciona a un previo control judicial de oficio sobre el ajuste de las cláusulas del contrato a la Directiva 93/13/CEE y a la legislación que lo desarrolla, cuando el título ejecutivo documenta un negocio jurídico establecido entre una entidad mercantil y un consumidor. Según el tenor de la norma y atendiendo a su ubicación dentro del libro III de la LEC, dicho control se ha de efectuar *in limine litis*, sin perjuicio de la posibilidad de que el deudor interese el control de abusividad en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria (arts. 557 y 695.1, 4ª LEC).

El debate sobre el control de oficio de las cláusulas abusivas no se cerró, sin embargo, con la reforma operada en la LEC por la Ley 1/2013. La nueva norma resolvió parcialmente el problema, pero no lo hizo en su totalidad. En efecto, en ella se dio tratamiento procesal al control de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución de título no judicial, pero se dejaron abiertas cuestiones a las que ha tenido que dar respuesta la jurisprudencia. Entre ellas, la de la posibilidad de extender el control de oficio a momentos posteriores al del despacho de la ejecución o, por el contrario, si el trámite de control de oficio contemplado en el art. 552 LEC es de carácter preclusivo (lo que vedaría la posibilidad de efectuar el control de oficio con posterioridad al inicio de la ejecución); y también a la cuestión de cuándo y cómo se debe entender satisfecho dicho control de oficio (es decir, si cabe deducir efectuado dicho control, de forma implícita, del auto que despacha ejecución aunque no exteriorice decisión o razonamiento expreso alguno sobre la cuestión), o si basta para considerar efectuado dicho control de oficio con que el juzgado introduzca en su resolución judicial una declaración genérica sobre la inexistencia de cláusulas abusivas (en lugar de hacer una valoración individualizada de cada una de las posibles cláusulas sospechosas de ser abusivas).

A estas dos cuestiones da respuesta la jurisprudencia, sobre todo tras la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto 421/14 (asunto *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García*), que resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander, en el seno de una ejecución hipotecaria. Contra el Sr. Gutiérrez se había promovido ejecución hipotecaria por impago de varias cuotas de un préstamo hipotecario concedido en 2012. La

sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales.»

11. Cfr. las SSTJUE de 21 de noviembre de 2002 (C-473/00, asunto *Cofidis*), 26 de octubre de 2006 (C-168/05, asunto *Elisa María Mostaza Claro*) —esta, sobre control de abusividad de convenios arbitrales—, 6 de octubre de 2009 (C-40/08, asunto *Asturcom Telecomunicaciones, SL*), 4 de junio de 2009 (09 (C-243/08, asunto *Pannon*) —en relación con la abusividad de la cláusula de sumisión expresa—, 14 de junio de 2012 (C-618/10, asunto *Banco Español de Crédito*), 21 de febrero de 2013 (C-472/11, asunto *Banif Plus Bank*), o 30 de mayo de 2013 (C-397/11, asunto *Joros*).

ejecución se solicitó por el total del crédito adeudado, al haberse aplicado la cláusula de vencimiento anticipado, y por los intereses, costas y gastos. Realizada forzosamente la vivienda hipotecada y adjudicada a la acreedora, el ejecutado promovió un incidente de oposición a la ejecución antes de la entrega de la posesión del inmueble; en el incidente se alegó el carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora (la cual ya había sido objeto de control de oficio por el juez, en el trámite del art. 552 LEC). A la hora de resolver el incidente, el órgano judicial se planteó el posible carácter abusivo de otras cláusulas del contrato —entre ellas, la de vencimiento anticipado—, pero con el problema de que el control de oficio ya se había realizado antes del despacho de la ejecución, y de que no hay momento procesal oportuno para reiterar ese control una vez que la ejecución ha sido despachada.

Por ello, el órgano judicial decidió plantear siete cuestiones prejudiciales al TJUE sobre diferentes aspectos sustantivos y procesales relativos a la interpretación de la legislación aplicable en relación con la Directiva 93/13. En lo que concierne al objeto del presente trabajo, las cuestiones prejudiciales sexta y séptima preguntaron: a) si el consumidor puede denunciar la presencia de cláusulas abusivas más allá del tiempo previsto en la norma nacional para realizar esa denuncia (en este caso se trataba del plazo de un mes previsto para el incidente extraordinario de oposición a la ejecución por la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013); y b) si, la Directiva 93/13 obliga al juez nacional a volver a examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato que ya ha sido sometido a un previo control de oficio a la luz de la propia Directiva: es decir, a si el trámite del art. 552 LEC es preclusivo, conforme las exigencias de la Directiva.

En lo concerniente al control de oficio de las cláusulas por su supuesto carácter abusivo, la Sala primera del TJUE respondió [§ 76, 2)] que la Directiva 93/13 *no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 LEC*, «que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada». Pero añade que «en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas».

En resumen, si ha habido un control previo, de oficio o a instancia de parte, de una cláusula supuestamente abusiva, la regla de preclusión del art. 207 LEC no es incompatible con la Directiva 93/13/CEE. Pero si no ha existido dicho control previo de una concreta cláusula, y dicho control es solicitado por el deudor en un incidente de oposición «*formulado cumpliendo lo exigido por la norma*» (lo subrayamos y destacamos, pues es un dato relevante de la respuesta del TJUE), en ese caso el tribunal está obligado a proceder al control de oficio cuando disponga de los elementos necesarios para ello. *A sensu contrario*, de no haberse formulado el incidente según lo exigido por la norma nacional (por ejemplo, si se interpone fuera de plazo, pudiendo haberlo hecho dentro de él), ya no es exigible el control de oficio por parte del tribunal que conoce de la ejecución.

3.2.2. Las razones de la STC 31/2019: consideración crítica

De la doctrina que establece la STJUE *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García*, el Tribunal Constitucional hizo una particular lectura en la STC 31/2019, de 28 de febrero, en lo referente las posibilidades de efectuar el control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria fuera del momento previsto en la norma procesal para efectuarlo oportunamente.

En la STC 31/2019 se otorgó el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a una deudora ejecutada frente a la que se había despachado ejecución según el procedimiento de los arts. 681 y siguientes de la LEC. Del asunto había conocido un juzgado de primera instancia de Madrid con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, es decir, cuando ya estaba plenamente vigente el control de oficio introducido en el art. 552 LEC. Según la sentencia de amparo, la decisión del órgano judicial consistente en no admitir a trámite la petición de control de oficio de la cláusula de vencimiento anticipado, formulada más de tres años después de la interposición de la demanda de ejecución, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, a pesar de que dicha petición fue presentada con posterioridad al decreto de adjudicación de la vivienda hipotecada y de que los ejecutados fueron debidamente requeridos de pago tras el despacho de la ejecución, pero voluntariamente decidieron no promover el incidente de oposición de los arts. 557 y 695 LEC.

Entrando en los detalles del caso, la ejecutada promovió, un año después del decreto de adjudicación tras la subasta, y tras varios intentos infructuosos de oponerse por otros medios, un incidente de nulidad de actuaciones alegando que la cláusula de vencimiento anticipado era nula por abusiva. En el escrito inicial se invocó como vulnerada la doctrina de la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto 421/14 (asunto *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García*), en interpretación de la Directiva 93/13/CEE.

El juzgado inadmitió a trámite la solicitud. En la providencia de inadmisión se consideraba improcedente el incidente de nulidad de actuaciones del art. 228 LEC, dado que el motivo que lo fundaba pudo haber sido invocado oportunamente en el incidente de oposición a la ejecución, pero no se hizo, sin que el ejecutado aportase justificación para no hacerlo; asimismo, se entendió que el incidente de nulidad era extemporáneo, al haber pasado el plazo de veinte días desde el conocimiento del hecho determinante de la nulidad, y por preclusión del plazo para oponerse por cláusulas abusivas. En cuanto a la doctrina invocada de la sentencia *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García*, la providencia de inadmisión argumentó que la propia STJUE, en sus §§ 46, 47 y 48, sostiene que los principios de preclusión y cosa juzgada no son incompatibles con el principio de primacía del Derecho comunitario ni con la Directiva 93/13/CEE, aduciendo además, entre otras consideraciones, que el examen del título se efectuó en el momento procesal previsto en el art. 552 LEC (es decir, previamente al despacho de la ejecución) por lo cual «no corresponden otros exámenes de oficio del título por jurisprudencia sobrevenida o a criterio de los deudores porque tal examen de oficio del título no tiene por finalidad suplir su omisión de no haber formulado oposición a la ejecución en plazo».

La STC 31/2019, como decimos, terminó por otorgar el amparo, al considerar infringido el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a una motivación razonable (en los términos que hemos señalado *supra* en el epígrafe II), y reprocha al juzgado que no plantease la cuestión prejudicial al TJUE antes de inadmitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones: «prescindir por «propia, autónoma y exclusiva decisión» del órgano judicial, de la interpretación de un precepto de una norma europea impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, es decir, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnera el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea [FJ 6 b)]».

Se trata la STC 31/2019, por lo expuesto, de una decisión ciertamente singular, porque, bien leída, la providencia recurrida en amparo no sólo no tiene voluntad de no aplicar la doctrina comunitaria, sino que, de hecho, la aplica, aun tratándose de una resolución judicial con forma de providencia. Y, al reprocharle la contrario, la STC 31/2019 incurre en el mismo defecto que censura al juzgado, toda vez ella misma procede a interpretar el Derecho de la Unión (o a interpretar la interpretación del Derecho de la Unión) de una forma que es también discutible: si el juzgado debió —como se afirma— plantear una cuestión prejudicial antes de decidir sobre la procedencia en el caso del control de oficio a la luz de la Directiva 93/13, y lo hizo desde una interpretación propia de la legislación comunitaria y la doctrina del TJUE, idéntico reparo merecería el propio Tribunal Constitucional, el cual, sin reconocerlo, se erige en tribunal del Derecho comunitario, función autoatribuida y no derivada expresamente

de la Constitución ni contemplada en su Ley orgánica reguladora. Al no hacerlo, el Tribunal Constitucional se coloca, por tanto, a idéntico nivel que el TJUE, sin formar parte del elenco de órganos integrantes de la jurisdicción comunitaria.

En cuanto a la cuestión de fondo que se analiza, la STC 31/2019 (FJ 6) razona sobre si el juez debió o no someter a control de oficio la cláusula de vencimiento anticipado, y concluye que la doctrina comunitaria se lo imponía¹². Asimismo, da por hecho que no se puede hablar de preclusión del control de oficio cuando no ha habido dicho control, y que para ello es procedente, siguiendo la doctrina del TJUE, el incidente de nulidad de actuaciones, aunque se haya promovido fuera de plazo¹³. No se tiene en cuenta, sin embargo, un razonamiento aportado en la providencia de inadmisión del incidente, en el sentido de que dicho control se había producido ya *a limine*, en el trámite previsto por el art. 552 LEC; y no se toma en cuenta este razonamiento porque para el Tribunal Constitucional (FJ 8 de la STC 31/2019), no se puede entender cumplido dicho examen por el hecho de que el fundamento jurídico segundo del auto de 25 de noviembre de 2013, que ordena la ejecución, y afirme que «[l]a demanda ejecutiva cumple los requisitos establecidos en el artículo 685 de la L.E.C., y el título que se acompaña es susceptible de ejecución, conforme al artículo 517.1.4º de la misma ley, por lo que procede, en virtud de lo dispuesto en los artículos 681 y siguientes en concordancia con el artículo 551 de la L.E.C., dictar la presente orden general de ejecución y despacho de la misma a favor de la ejecutante frente al deudor, al haber acreditado aquél su condición de acreedor en el título ejecutivo presentado».

En lo que aquí nos interesa, pues, la STC 31/2019 establece que el control de oficio de las cláusulas abusivas del art. 552.1, II LEC se debe satisfacer con una resolución que expresamente se pronuncie sobre la cuestión, pues, se dice, «mal se puede realizar un control —ni siquiera externo— de lo que carece de un razonamiento expreso»¹⁴. De no existir esa resolución expresa, no es dable entender que hubo control de oficio de las cláusulas abusivas y, por lo tanto, el mismo se podrá instar o efectuar en cualquier momento de la ejecución, sin

12. «De la segunda declaración efectuada en la STJUE de 26 de enero de 2017, transcrita en el fundamento jurídico anterior, se desprende que las cláusulas cuyo eventual carácter abusivo no haya sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, deben ser conocidas por el juez nacional, bien a instancia de parte o de oficio, lo que impidió la inadmisión a trámite del incidente de nulidad.»

13. Con soporte en la doctrina de la STJUE de 21 de noviembre de 2002, *asunto Cofidis y Jean-Louis Fredout*, C-473/00.

14. Esto, basado la doctrina de la STC 135/2017, de 27 de noviembre, en la que se otorgó el amparo por no motivarse la decisión de no plantear una cuestión prejudicial en relación con la orden de reintegro de ayudas agrarias.

que entre en juego la preclusión procesal. La decisión del juzgado de no atender la petición de control de oficio privó a la ejecutada de un pronunciamiento sobre el carácter abusivo o no de la cláusula de vencimiento anticipado y, con ello, para la STC 31/2019, se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, pues no justificó esa decisión en la doctrina interpretativa de la Directiva 93/13/CEE.

Los argumentos que acabamos de resumir parten de la premisa de que los hechos ocurridos en el asunto resuelto por la STJUE de 21 de enero de 2017 (asunto *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García*), que les sirve de soporte, son asimilables a los ocurridos en el proceso a que se refiere la STC 31/2019. Se dice (FJ 7) que en ambos casos se trataba de un proceso de ejecución hipotecaria en los que, antes del lanzamiento, el recurrente formuló un incidente extraordinario de oposición al procedimiento de ejecución (o de nulidad de actuaciones), invocando el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, y superando con mucho el plazo legal para plantear el incidente de oposición a la ejecución.

Este razonamiento parte de una *falacia* (esto es, en términos de argumentación retórica, de una premisa falsa), que es la afirmada (pero no real) identidad de los dos supuestos resueltos, respectivamente, por el TJUE y por el Tribunal Constitucional. Así lo pone de relieve el voto particular a la STC 31/2019 del magistrado Ricardo Enríquez, en donde se destacan las diferencias sustanciales existentes en los dos supuestos de hecho a que se refieren las dos sentencias. En el caso a que se refiere la STC 31/2019, los ejecutados habían sido debidamente requeridos de pago y voluntariamente se aquietaron, al no plantear el incidente de oposición a la ejecución dentro del plazo legal previsto,

Eso no fue lo ocurrido en el asunto resuelto por la STJUE *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García*. En la STJUE de 21 de enero de 2017 se trataba de un caso en el que la parte ejecutada no había tenido oportunidad de defenderse, mientras que en el caso resuelto por la STC 31/2019 los ejecutados pudieron haberse defendido tempestivamente y no lo hicieron. Eso condujo a la aplicación de la doctrina que de esta segunda emana a un supuesto de hecho que no es semejante. Como en el voto particular se recuerda, lo debatido en el recurso de amparo es «si existe un pretendido derecho a provocar la nulidad de actuaciones, total o parcial, de un proceso de ejecución prácticamente finalizado, pese a no haber sufrido la parte ejecutada indefensión alguna y haber desaprovechado sin motivo justificado los trámites de defensa que tenía a su disposición para obtener una respuesta judicial sobre el carácter abusivo de la cláusula, amparándose en el último momento en el supuesto incumplimiento de un control de oficio de la misma».

Como hemos afirmado en otro lugar¹⁵, es este un dato extrañamente omitido en los antecedentes y motivación de la sentencia, cuando de él se extraen consecuencias relevantes para el caso resuelto por la STC 31/2019, pues no se puede decir con tanta rotundidad que el juez ha desatendido el deber de control de oficio de las cláusulas abusivas en los términos impuestos por la STJUE de 21 de enero de 2017, salvo que para el Tribunal Constitucional sea de recibo imponer una doctrina jurisprudencial comunitaria a un caso con el que no hay coincidencia fáctica en lo sustancial. No es tan rotunda como se desprende de lo razonado por el Tribunal Constitucional la conclusión de que toda interpretación posible del art. 552.1, II LEC a la luz de la Directiva 93/13 se contiene, en exclusiva, en la STJUE de 21 de enero de 2017.

Lejos de lo resuelto en la STC 31/2019, entendemos que el hecho determinante del caso, más allá del momento procesal en el que se interesa el control de oficio, debió haber sido que la recurrente en amparo hizo dejación de su carga procesal de oponerse a la ejecución hipotecaria en el momento procesal oportuno (art. 695 LEC). El TJUE en otras ocasiones ha reconocido el valor de disposiciones como la contenida en el art. 207 LEC, que otorga fuerza de cosa juzgada formal (e inimpugnabilidad) a las resoluciones judiciales «que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para el ejercicio de dichos recursos», con el fin de garantizar la estabilidad del Derecho, de las relaciones jurídicas y de la buena Administración de Justicia. Por ello, «el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, del Derecho comunitario por la resolución en cuestión»¹⁶.

En definitiva, la mayor crítica que cabe hacer a la STC 31/2019 es que hace decir a la STJUE de 21 de enero de 2017 lo que esta no dice, puesto que, de acuerdo con su § 49, «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la *legalidad del conjunto de las cláusulas* (la cursiva es nuestra) del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada»; es decir, como apunta atinadamente el voto particular, no hay exigencia de la Directiva 93/13 de un

15. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.^a, *El procedimiento hipotecario*. cit., Madrid, 2019.

16. Ver la STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones, S.L.*, y *Cristina Rodríguez Nogueira*, apartado 36 y 37; STJUE de 21 de diciembre de 2016, apartado 68; STJUE de 26 de enero de 2017, apartados 46 y 47.

pronunciamiento pormenorizado, cláusula a cláusula, sobre el control de verificación de la abusividad del contrato. Incluso aunque una nueva interpretación de la cláusula, con posterioridad a la firmeza de la resolución judicial, fundara su carácter abusivo¹⁷. Y es que para la doctrina del TJUE no es irrelevante un comportamiento como el de la recurrente en amparo y ejecutada.

Por otro lado, la STJUE de 21 de enero de 2017 (§ 52; también el § 54 y el fallo, 2), condiciona la exigencia del control de oficio de las cláusulas abusivas por el juez en nuestro proceso de ejecución hipotecaria, a que el consumidor haya «formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición», lo que no ocurre en el presente caso en que el incidente se presentó fuera de plazo. Al margen de lo alambicado del razonamiento del TJUE (puesto que desde el momento en que una parte pide la nulidad, no parece de recibo entender que el tribunal está procediendo a un control de oficio), la STC 31/2019 no tiene en consideración este importante matiz, lo que debilita sus razonamientos, pues lo que se desprende de la STJUE *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García*, es que «el juez queda relevado del deber de dar una respuesta de fondo a una petición de la parte formalizada por ésta sin cumplir con lo exigido por las normas; lo que no impide que la nulidad pueda ser planteada en un proceso declarativo posterior»¹⁸.

La crítica anterior agrava también la valoración que cabe hacer de las sentencias del Tribunal Constitucional que siguen la doctrina de la STC 31/2019, como es el caso de las que justifican la presente reflexión.

En resumidas cuentas, no compartimos lo decidido por la STC 31/2019, dado que la recurrente no utilizó los mecanismos que la ley procesal le brindaba para poder exigir tempestivamente el control de oficio: ni el incidente de aclaración o de complemento del auto de despacho de la ejecución (arts. 214 y 215 LEC en relación con el art. 267 LOPJ), ni el incidente de oposición, a los diez días del requerimiento de pago (arts. 557 y 695.1. 4ª LEC). Con la consecuencia de imponer un determinado comportamiento a los tribunales civiles, desde un análisis incompleto de la doctrina del TJUE, que niega la virtualidad de la preclusión procesal, el carácter de la conducta de las partes en el proceso civil como

17. Dice así el Voto particular a la STC 31/2019: «Pero es más: tratándose de procesos civiles y a diferencia de lo que sostiene para los de carácter administrativo, la STJUE de 6 de octubre de 2015, dictada en Gran Sala, en el asunto C- 69/14, *Dragoș Constantin Târșia contra Statul român, Serviciul public comunitar regim permise de conducere.î înmatriculare a autovehiculelor*, apartado 35, enseña que «el principio de equivalencia no se opone a que un juez nacional no tenga la posibilidad de revisar una resolución judicial firme dictada en un procedimiento civil, cuando esta resolución resulta incompatible con una interpretación del Derecho de la Unión adoptada por el Tribunal de Justicia con posterioridad a la fecha en la que dicha resolución ha devenido firme» (también apartado 41)».

18. STC 31/2019, Voto particular.

un sistema de cargas y principios esenciales de nuestro acervo jurídico común como es el principio *diligentibus non dormientibus iura succurrunt*. Y de exigir a la administración de justicia una diligencia que no tuvo el propio interesado.

Lo que la doctrina de la STC 31/2019 no impide es que el juzgado pueda desatender la petición de control de oficio, si dicha decisión adoptada en el seno de la ejecución hipotecaria se fundamenta en la propia doctrina del TJUE, cumpliendo así con las exigencias del canon constitucional de motivación.

4. La herencia de la STC 31/2019, de 28 de febrero: aproximación a las SSTC 172/2023, 27/2024, de 26 de febrero, y 38/2024, de 11 de marzo

4.1. Una nueva dimensión de la doctrina del «fruto del árbol envenenado»: la consolidación de una interpretación, tal vez, equivocada

Las críticas que hemos dirigido a la STC 31/2019, de 28 de febrero, son extensibles a otras sentencias más recientes que siguen su doctrina, puesto que lo que allí se decidió se está consolidando como línea interpretativa dentro del Tribunal Constitucional. Si antes hemos puesto de relieve la premisa falaz de la que parte aquella, cuando concluye que las razones dadas por el juzgado de primera instancia (al inadmitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones y rechazar el examen de oficio la eventual existencia de cláusulas abusivas en ese momento procesal tan avanzado, dentro de la ejecución hipotecaria) son contrarias a nuestro sistema de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional *reincide* al aplicar las mismas razones en asuntos más recientes. Podríamos decir, por tanto, con una expresión suficientemente gráfica, que nos hallamos ante «frutos de un árbol envenenado» —si se nos permite dar un nuevo sentido a esta metáfora tradicionalmente aplicada en materia de prueba ilícita—.

El Tribunal Constitucional no sólo persevera en lo que entendemos como una lectura desafortunada de lo que resolvió la STJUE *Banco Primus* y *Jesús Gutiérrez García*, sino que la lleva a una nueva dimensión, aportando nuevos matices que son difícilmente compatibles con una lectura ortodoxa y racional de algunas instituciones procesales. Nuestro proceso civil no es el fruto del capricho del legislador, sino que aporta instrumentos para la tutela del derecho en los que se recoge el sedimento de décadas de experiencia jurisdiccional y que se construyen como un conjunto ordenado y sistemático de elementos dirigido a satisfacer todos los intereses y derechos en juego, desde el respeto a unas elementales reglas de juego. Ello se dice sin negar que en dicho instrumento

puede haber, como en toda obra humana, aspectos defectuosos o dignos de mejora.

En la dinámica actual de trabajo del Tribunal Constitucional, especialmente tras las reformas introducidas en el recurso de amparo con la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, y la prevalencia que en ella se ha dado al *ius constitutionis* en detrimento del *ius litigatoris* (pensamos en la introducción, tal vez inevitable pero peligrosa, de esa suerte de *certiorari* que es la «especial trascendencia constitucional»), la respuesta a la que nos referimos en el presente epígrafe —y que criticamos— es hasta cierto punto esperable, puesto que la alternativa más sencilla es la de resolver las controversias de amparo siguiendo la doctrina establecida por el Pleno del Tribunal, sin replantearse si realmente se acertó cuando se estableció el criterio inicial; y, lo que es más preocupante, desconociendo que cuanto más se sigue un criterio desafortunado, más se contribuye a su consolidación y más difícil es su revocación.

El resultado de todo ello, descendiendo a terreno de lo concreto, es un proceso de ejecución —la ejecución hipotecaria— que en muchos casos no se inicia *inaudita parte debitoris*, puesto que se normaliza la celebración de un previo trámite de audiencia en caso de duda sobre la existencia de cláusulas abusivas en la escritura de préstamo hipotecario; hecho que puede ocurrir con habitualidad en muchos casos, dado que la posición de prestamista en este tipo de negocios jurídicos suele corresponder a entidades mercantiles que actúan como predisponentes, y la de obligado, al consumidor. En directa conexión con esta última reflexión, la introducción de este trámite de audiencia previa cuando el juez considera que puede haber cláusulas abusivas, y en el cual lo que se decida produce fuerza de cosa juzgada (art. 552.4 LEC, tras la nueva redacción dada por la Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre), afecta a la consideración como proceso de ejecución puro a un procedimiento que puede contar con dos incidentes declarativos —el del art 552 LEC y el del art. 695 LEC—. Y además, en el que los límites temporales y objetivos de la cosa juzgada —es decir, la seguridad jurídica, puesto que el fundamento de la cosa juzgada se halla precisamente en la seguridad jurídica¹⁹— se difuminan, como lo hace el principio dispositivo, que cede en atención al interés

19. SSTs (1ª) 117/2015, de 5 de marzo, 383/2014, de 7 de julio, 194/2014, de 2 de abril. Dice la STS (1ª) 863/2003, de 24 de septiembre: «[E]n la esencia de la inmutabilidad de la cosa juzgada está el principio de seguridad pues la vida jurídica no puede soportar una renovación continua del proceso. El ordenamiento jurídico prefiere el efecto preclusivo de la cosa juzgada como mal menor ante el principio de seguridad jurídica y este efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso». Entre otras muchas. Entre los autores, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres, 3ª ed, Ed. Univ. Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 542, exponiendo la tesis mayoritaria entre los autores.

público que se atribuye al Derecho de consumidores y usuarios. En términos tales que se exige de los tribunales civiles, en su condición de órganos públicos, un comportamiento que no se demanda del propio interesado —pensamos en el deudor ejecutado—, incluso cuando este ha hecho dejación voluntaria y consciente del ejercicio tempestivo de sus derechos procesales: se devalúa, en definitiva, la idea de carga procesal, entendida como la compulsión de las partes del proceso a actuar para evitar las desfavorables consecuencias de no hacerlo, y que ha definido y explicado todo el edificio del proceso civil español, desde hace siglos.

Ejemplos paradigmáticos de lo que sostenemos nos lo ofrecen tres sentencias del Tribunal Constitucional relativamente recientes cuando se escriben estas líneas, que continúan la línea doctrinal establecida por la también STC 31/2019, de 28 de febrero. En las tres se pone de manifiesto la vocación tuitiva de la STC 31/2019, con prevalencia del *favor debitoris*, como parte débil del contrato de préstamo, pero, en ocasiones, en la búsqueda de la justicia material del caso, poniendo en cuestión principios y valores procesales pacíficamente aceptados hasta el momento presente.

4.2. La STC 172/2023, de 11 de diciembre: una nueva perspectiva sobre la cosa juzgada y sus límites temporales y materiales

4.2.1. Planteamiento

La primera de estas resoluciones es la STC 172/2023, de 22 de diciembre. La controversia constitucional se planteaba en ella dentro de un procedimiento de ejecución hipotecaria del que estaba conociendo el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Catarroja (Valencia).

De acuerdo con los antecedentes de la sentencia, despachada la ejecución y formulado oportunamente el requerimiento de pago, el deudor hipotecado promovió en tiempo y forma el incidente de oposición a la ejecución, conforme lo establecido por el art. 695 LEC, en relación con su art. 556 LEC, con suspensión de la ejecución. Se invocaban dos motivos de oposición: a) la falta de la previa notificación de la liquidación del saldo deudor (causa de oposición del art. 695.1. 2ª), y b) la existencia de cláusulas abusivas en la escritura de hipoteca, «en particular, la cláusula de interés de demora, y la cláusula referente a la cantidad por la que responde la finca en concepto de costas» (art. 695.1. 4ª). La oposición fue parcialmente estimada por auto que limitó las costas al 5 por 100 de la cantidad reclamada y rechazada en lo demás, por lo que seguidamente se reanudó la ejecución.

Pendiente la celebración de la subasta, el juzgado, previo trámite de audiencia a las partes, declaró de oficio, por auto, el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, y ordenó el sobreseimiento y archivo de la ejecución. El auto fue revocado por la Audiencia Provincial de Valencia, que estimó la apelación promovida por la ejecutante al entender que la decisión del juzgado era extemporánea, dado que, una vez acordada la celebración de la subasta, ya había precluido la posibilidad de plantear la cuestión, máxime cuando en el procedimiento hay un momento procesal concretamente ordenado a efectuar dicho control de oficio; y que el ejecutado, que estaba oportunamente personado en el procedimiento, había dispuesto de la oportunidad de plantear la cuestión en el incidente de oposición del art. 695 LEC; como decía la entidad ejecutante: «no tiene sentido su planteamiento cuando no se hizo al despachar la ejecución ni al resolver el incidente de oposición a la misma. Ello supondría una quiebra de la seguridad jurídica» [según el relato del antecedente 2 g), *in fine*, de la sentencia de amparo].

Fracasada la impugnación y tras la aprobación del remate, el demandante de amparo interpuso una demanda declarativa ordinaria de la que conoció el Juzgado n.º 25 bis de Valencia, solicitando la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado. Admitida a trámite la demanda, la entidad financiera demandada opuso en su contestación la excepción de cosa juzgada, entendiendo que la cuestión debió haber sido oportunamente alegada en el incidente de oposición a la ejecución —en el proceso de ejecución hipotecaria—, y que no se hizo, por lo que la pretensión ejercitada en el declarativo posterior se veía afectada por la cosa juzgada. El Juzgado estimó la excepción y dictó auto de sobreseimiento del asunto, dando con ello la razón a la demandada. El auto fue confirmado por la Audiencia Provincial, que rechazó la apelación promovida por el ahora demandante en este segundo proceso. Esta resolución es la recurrida en amparo.

4.2.2. Cuestiones jurídicas planteadas: consideración crítica

Por lo que se refiere a las cuestiones jurídicas que en esta sentencia se plantean, ya en el recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento dictado en el segundo procedimiento (el declarativo) se invocó la infracción del art. 24.1 de la Constitución, considerando que se habían aplicado erróneamente las normas que regulan la preclusión y la cosa juzgada formal (arts. 136 y 207.3 y 4 LEC), en relación con la Directiva 93/13/CEE, con el argumento de que el juzgado executor se negó a controlar de oficio «en cualquier estado de la ejecución», tal como establece la doctrina del TJUE y la jurisprudencia constitucional (STC 31/2019), por lo que no podía jugar la función negativa de la cosa juzga-

da en el segundo procedimiento²⁰. Estos mismos razonamientos, que fueron rechazados por la Audiencia Provincial, fueron los que sirvieron de fundamento al recurso de amparo, considerando el deudor y demandante que la falta de resolución sobre la cláusula abusiva no tuvo en consideración la interpretación impuesta por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal de Justicia de la UE.

El recurso fue estimado por el Tribunal Constitucional. A juicio de la STC 172/2023, de 11 de diciembre, tanto el auto de sobreseimiento como el que lo confirmó en apelación vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por lo que en su fallo se declaró la nulidad de los dos. Entre otros razonamientos, entiende la STC 172/2023 (FJ 4, *in fine*), que la doctrina del TJUE (sentencia de 17 de mayo de 2022, asunto C-600/19, *Ibercaja Banco*, y otros acumulados) no impide plantear en el declarativo posterior la cuestión sobre la cláusula abusiva, dado que, al haberse adjudicado ya el remate en la ejecución, según la misma doctrina del TJUE, no era posible plantear el control de oficio de la cláusula, dentro del proceso de ejecución, en el momento procesal en el que se encontraba su tramitación: «cabe concluir que la interpretación y aplicación de la excepción de la cosa juzgada llevada a cabo por las resoluciones judiciales recurridas en amparo [...], cuando no existe una resolución firme en el procedimiento de ejecución hipotecaria tramitado previamente que se pronuncie expresamente sobre el carácter abusivo de dicha cláusula, ha constituido un obstáculo injustificado al derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida», vulnerador del art. 24.1 CE.

20. A la hora de criticar, hay que tener en cuenta los razonamientos atinados de la AP en la sentencia de apelación: «La Audiencia atiende a la importancia que el principio de cosa juzgada tiene en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar sin aplicación las normas procesales internas que confieren cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración de una disposición del Derecho de la Unión», con cita, entre otras, de las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto *Gutiérrez Naranjo y otros* (C-154/15, C-307/15 y C-308/15), y asunto *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García* (C-421/14). Y concluye que, en atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias núm. 1028/2006 de 10 de octubre, 462/2014, de 24 de noviembre, y 526/2017 de 27 de noviembre, resulta improcedente la apreciación de la cosa juzgada cuando en el proceso ejecutivo previo no había posibilidad procesal para oponer la abusividad de las cláusulas contractuales que se aduce en el declarativo posterior.

Asimismo, la AP entiende que «como, en este caso, pudo alegarse en el proceso de ejecución que la cláusula de vencimiento anticipado del contrato era nula por abusiva; e incluso pudo el tribunal de primera instancia examinar, de oficio, otras cláusulas no alegadas con ocasión del examen previo a despachar ejecución o con ocasión del incidente de oposición a la ejecución; debe aplicarse la doctrina tradicional del Tribunal Supremo reflejada en las sentencias antes citadas, y concluir que la apreciación de cosa juzgada que hizo el juzgado de primera instancia fue correcta».

Por último, señala que existe otra razón para confirmar la decisión del juzgado de primera instancia y que proviene de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dado que el proceso de ejecución hipotecaria ya finalizó con subasta de la finca hipotecada y adjudicación de la misma, con cita de la STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto *Banco Santander, S.A., c. Cristobalina Sánchez López* (C-598/15).»

Más allá del hecho de que la STC 172/2023 parece dirigir reproches de constitucionalidad, no sólo contra la resolución recurrida, sino contra las que denegaron el trámite de control de oficio en el procedimiento de ejecución hipotecaria (lo que no deja de ser extravagante, sin perjuicio de que no sabemos si el ejecutado intentó también el recurso de amparo contra el auto de la apelación en ese primer procedimiento), lo que es una cuestión más de derecho procesal constitucional por poder implicar la probable extemporaneidad del recurso de amparo por alargamiento de la vía judicial, la realidad es que en ella parecen desconocerse cuestiones elementales relativas a la doctrina general de la cosa juzgada. En principio, sus límites temporales, en la medida en que la cuestión sobre si era abusiva la cláusula de vencimiento anticipado pudo haber sido objeto del proceso de ejecución hipotecaria, dado que el deudor promovió en tiempo y forma el incidente de oposición a la ejecución, y no lo alegó. Eso debería ser suficiente para rechazar la segunda solicitud de control formulada por el ejecutado, pero es verdad que la aplicación acrítica de la doctrina de la STC 31/2019, difuminaría el juego de la regla de preclusión del art. 207 LEC en aras del interés público que se reconoce en la protección del consumidor contra cláusulas abusivas.

Sin embargo, dicha doctrina está construida para el procedimiento de ejecución hipotecaria, pero no para el procedimiento declarativo posterior en el que se ejerció la acción de nulidad. Olvida la sentencia que el art. 698 LEC reserva el objeto material de este declarativo a cualquier «reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores» y, además, queremos destacarlo, «sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo». En el presente caso, ni se trataba de una reclamación que no pudo ser alegada en el proceso anterior; ni tampoco era de recibo la medida cautelar adoptada en el segundo procedimiento, de suspensión de la ejecución hipotecaria. Por ello, entendemos que la STC 172/2023 trata el segundo procedimiento como un *continuum* del primero, cuando no es así, puesto que se trata de dos procedimientos autónomos y con objeto diferente. Tanto el auto de sobreseimiento y archivo dictado en este, como el auto que lo confirmó en apelación, no merecen reproche desde el punto de vista de la motivación; y menos aún que dicho reproche se produzca con soporte en la STC 31/2019, de 28 de febrero, cuya doctrina es aplicable al caso de la defensa del deudor ejecutado en un procedimiento de ejecución hipotecaria, pero no de un declarativo ordinario. Podemos llegar a entender los motivos de justicia material del Tribunal Constitucional, pero creemos que eso no puede justificar el atropello de la legislación procesal, en hechos acaecidos, en buena medida, por la defectuosa defensa del ejecutado en el primer procedimiento, cuando contaba con todos los medios a su disposición para defenderse —y no lo hizo— contra la cláusula de vencimiento anticipado.

4.3. La STC 27/2024, de 26 de febrero: límites temporales para el control de las cláusulas abusivas en la ejecución

4.3.1. Planteamiento

De acuerdo con los hechos que dieron lugar al recurso de amparo resuelto por la STC 27/2024, el demandante de amparo fue requerido al cumplimiento por impago de varias cuotas de un préstamo con garantía hipotecaria, lo que se hizo con arreglo a lo establecido por el art. 24.1 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, *reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*. Al no haber atendido el deudor el requerimiento, la acreedora aplicó la cláusula de vencimiento anticipado y solicitó el despacho de la ejecución mediante demanda de ejecución hipotecaria. Según los antecedentes de la sentencia de amparo, el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gandía acordó el inicio de la ejecución sin referencia expresa al hecho de si se había efectuado el control de oficio sobre el posible carácter abusivo de las cláusulas del contrato, como presupuesto de la orden de despacho, limitándose a declarar que la demanda reunía los requisitos previstos en la legislación procesal y que el Juzgado era objetiva y territorialmente competente. El auto de despacho fue además notificado en edictos, al resultar infructuosas dos diligencias de notificación personal en sendos domicilios del deudor. Como consecuencia de lo anterior, el deudor no se personó en el procedimiento hasta después de convocada la subasta; concluida ésta sin postores, la ejecutante interesó la adjudicación en pago de la finca, con reserva de ceder el remate a tercero (art. 647.3 LEC).

Transcurridos casi dos meses desde la adjudicación, el deudor promovió un incidente de oposición por existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo (cláusulas suelo, de capitalización de los intereses ordinarios, de intereses de demora y de vencimiento anticipado), en virtud del cauce extraordinario establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 5/2019, para las ejecuciones hipotecarias iniciadas con anterioridad a la Ley 1/2013: a juicio del deudor, el control de las cláusulas abusivas debía hacerse de oficio por el juzgado ejecutor en cualquier momento de la ejecución, conforme con la doctrina constitucional y del TJUE.

El incidente fue inadmitido a trámite por considerar el juzgado que el procedimiento estaba ya concluido, y que el incidente era posterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, lo que lo hacía inadecuado e improcedente. La providencia de inadmisión fue confirmada en el auto resolutorio del recurso de reposición interpuesto contra ella por el deudor, que cerró la vía judicial. En este auto se insistió en la inadecuación del incidente, y se afirmó que «[r]especto a la alegación de que se debió entrar de oficio por la juzgadora en el análisis de las posibles cláusulas abusivas, efectivamente así fue, cosa distinta es que se

entendiera que las mismas no existían y no se diera traslado a las partes para pronunciarse respecto a las mismas».

Contra el auto, el ejecutado promovió incidente de nulidad de actuaciones, que fue inadmitido por providencia en la que se hacía saber que la cuestión había sido ya planteada en el recurso de reposición, por lo que no se daban los presupuestos para la admisión del incidente, inadmisión confirmada ulteriormente por un auto de aclaración.

4.3.2. Cuestiones jurídicas planteadas: consideración crítica

Estas últimas resoluciones —la providencia de inadmisión del incidente extraordinario de oposición, el auto que desestimó el recurso de reposición y el auto de aclaración— fueron las recurridas en amparo por vulneración, de nuevo, del art. 24.1 CE, en relación con el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, por no haber realizado el juzgado el control de oficio de las cláusulas abusivas del contrato, y «desconociendo la doctrina constitucional establecida a partir de la STC 31/2019, de 28 de febrero», así como la doctrina de las STJUE de 26 de enero de 2017, asunto *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García*, que exigía dicho control tan pronto como fuera posible y en cualquier estado del procedimiento.

La STC 27/2024, de nuevo, estima el amparo (descartando la posible extemporaneidad del procedimiento a causa del manifiestamente indebido planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones), en lo que cabe entender como una sentencia de aplicación de la doctrina establecida por la STC 31/2019, invocada en la demanda de amparo. Resumidamente, para el Tribunal Constitucional, en el caso se ha vulnerado el derecho fundamental «en la vertiente de derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho», pues las resoluciones recurridas «han prescindido por su propia, autónoma y exclusiva voluntad de la interpretación impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, incurriendo, por ello, en una interpretación irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso». Y recuerda que los órganos judiciales «deben respetar la primacía del Derecho de la Unión Europea», lo que exigía proceder al control de oficio de la cláusula abusiva tan pronto como se tuvieran elementos de juicio para ello.

De las tres sentencias analizadas en el presente epígrafe, esta es la que más se adapta a la doctrina establecida por la STC 31/2019, por lo que cabe hacerle los mismo reproches, con un matiz: si en la STC 31/2019 el deudor se personó y por decisión voluntaria no se opuso a la ejecución, en el caso al que se refiere la STC 27/2024 la falta de alegación de la cláusula lo fue por no haber habido una notificación personal de la existencia del procedimiento. El comportamien-

to del ejecutado, por consiguiente, merece menor reproche en este caso, que se aproxima más al resuelto por la STJUE *Banco Primus y Jesús Gutiérrez García*. Además, se invoca como argumento de autoridad la doctrina de la más reciente la STJUE de 17 de mayo de 2022, asunto C-600/19, que establece que los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen, ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo.

Es verdad, sin embargo, que el deudor se había personado en el procedimiento de ejecución antes de la celebración de la subasta, pero, una vez personado, no promovió el incidente de nulidad hasta transcurridos dos meses después de la adjudicación de la vivienda hipotecada, lo que pone en cuestión de nuevo la respuesta del Tribunal Constitucional, si bien hay que reconocer, en este caso, que determinada por la doctrina del TJUE.

4.4. La STC 38/2024, de 11 de marzo: *dies ad quem* para el control de oficio de la existencia de cláusulas abusivas

4.4.1. Planteamiento

En tercer y último término, según el orden cronológico de las resoluciones objeto de comentario, en el asunto resuelto por la STC 38/2024, de 11 de marzo, se había despachado ejecución hipotecaria en el año 2015 contra las demandantes de amparo por un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de El Puerto de Santa María (Cádiz), y en él se las requirió de pago sin resultado positivo.

Tras convocarse la subasta, las ejecutadas se personaron en el procedimiento (el 12 de febrero de 2016, es decir, siete meses después de la orden de despacho y un año antes de la venta en subasta pública), sin plantear defensa alguna. La subasta concluyó el 17 de diciembre de 2017 y la finca hipotecada fue al fin adjudicada a la ejecutante (por decreto de 25 de marzo de 2019, tres años después de la personación de las ejecutadas).

Antes de la entrega de la posesión al rematante, las ejecutadas promovieron incidente de nulidad de actuaciones por existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo, que se inadmitió por providencia, en esencia, por extemporaneidad de la alegación, dado que había habido ocasiones para plantear la nulidad del título por cláusulas abusivas con anterioridad.

4.4.2. Cuestiones jurídicas planteadas: consideración crítica

En el recurso de amparo se invocó nuevamente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho, en relación con el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, al apartarse la resolución recurrida de la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la sentada por la STC 31/2019, de 28 de febrero.

Según se argumentó, la providencia que inadmitió el incidente de nulidad «rehusó revisar las cláusulas de vencimiento anticipado y la de intereses de demora, sin que tal decisión se fundara en el hecho de que, en un estado procesal anterior, hubiera ya examinado, de oficio o a instancia de parte, su posible carácter abusivo».

El amparo es nuevamente estimado por infracción de la doctrina constitucional que emana de la STC 31/2019, al no haberse procedido a un control de oficio de las cláusulas del contrato, y por rechazarse que dicho control se pueda producir a través del incidente de nulidad de actuaciones del art. 228 LEC. Se dice así: FJ 3, *in fine*: «Una vez la cuestión se plantea por la parte ejecutada, el órgano judicial está obligado a darle una respuesta fundada, con independencia del momento y del cauce empleado para ello, salvo que el fundamento para rechazar la pretensión fuera que ya se había realizado previamente el control de oficio de las cláusulas impugnadas mediante una resolución con efecto de cosa juzgada, lo que no concurría en el procedimiento del que trae causa este recurso de amparo. Tampoco fundamenta la providencia recurrida en amparo que se haya producido un acto de transmisión de la propiedad».

Esta tercera y última sentencia constitucional pone de manifiesto, en toda su crudeza, los efectos derivados de la STC 31/2019 y, a través de ella, de la doctrina del TJUE en relación con el control de oficio de las cláusulas abusivas. Si se repasan los hechos del caso, las ejecutadas de nuevo se personaron una vez transcurrido el plazo para promover el incidente de oposición a la ejecución, y tras serles notificado el anuncio de la subasta, pero no plantearon defensa alguna hasta después de adjudicada la vivienda ejecutada, tres años después de su personación en el procedimiento. Si podemos compartir el criterio de acuerdo con el cual ha de favorecerse el control de las cláusulas abusivas cuando

éste no se ha producido de oficio y el deudor no ha estado debidamente personado y asistido jurídicamente en la ejecución, la solución no parece de recibo cuando las partes han estado debidamente personadas y voluntaria y conscientemente no han intentado defenderse.

5. Consideración final

Este es el estado de la cuestión. Sin perjuicio del valor pedagógico y tuitivo que cabe reconocer tanto a la labor del TJUE en el último decenio en favor de la mejora de la tutela de los derechos de los consumidores en el procedimiento de ejecución hipotecaria, y de su efecto catártico en la ordenación de muchos procedimientos, no se puede soslayar la extravagancia del cauce empleado por el Tribunal Constitucional para vincular dicha doctrina con el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva. La búsqueda de la justicia material en el caso no debe ocultar que la protección de la parte más débil de la relación hipotecaria no debe hacerse a costa de la vigencia del ordenamiento procesal. El fin no justifica los medios, ni siquiera cuando benefician al deudor. Valores como la seguridad jurídica, la preclusión, la cosa juzgada no pueden quedar arrasados en defensa de tan legítimo interés, y menos cuando en el resultado injusto que se combate ha tenido participación el propio deudor. Desde que las partes están debidamente personadas y asistidas en la ejecución, el desequilibrio material existente entre ellas debería quedar compensado. Y no debería penalizarse al tribunal civil por el mero cumplimiento de la ley; salvo que se entienda que la ley, y los procedimientos que en ella se regulan, no tienen encaje en nuestra Carta magna.

VIII | La acción rescisoria concursal desde la perspectiva de la administración concursal

Carlos Górriz López

Profesor titular de Derecho Mercantil
Universitat Autònoma de Barcelona

Miriam Magdalena Cámara

Profesora Asociada de Derecho Mercantil
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: NATURALEZA, FINALIDAD Y LEGISLACIÓN. 2. PRESUPUESTOS. 2.1. ACTOS DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL DEL DEUDOR. 2.2. PERJUICIO PARA LA MASA ACTIVA. 2.3. REQUISITO TEMPORAL. 3. EFECTOS. 3.1. INEFICACIA Y RESTITUCIÓN. 3.2. DERECHO A LA CONTRAPRESTACIÓN. 4. ASPECTOS PROCESALES. 4.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA. 4.2. LEGITIMACIÓN PASIVA. 4.3. PLAZO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Introducción: naturaleza, finalidad y legislación

El presente trabajo tiene por objeto la acción rescisoria concursal y la finalidad es ofrecer a los operadores del mercado, y en particular a los administradores concursales, unas orientaciones sobre cuándo, cómo y por qué proceder a fin de facilitar que actúen con la diligencia debida y eviten su responsabilidad. Pese al gran nivel de la producción doctrinal existente en este tema, el análisis de la jurisprudencia evidencia que la práctica está plagada de dudas, incertidumbres y malentendidos, que seguramente han aumentado con la reforma legislativa de 2022.

Cabe empezar recordando que la acción rescisoria concursal es una figura especial de la institución disciplinada por los artículos 1290 a 1299 del Código civil. En efecto, los arts. 226 ss. del Texto Refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, en adelante TRLC) constituyen normas especiales respecto de los preceptos civiles, a los que habrá que acudir

para cubrir las lagunas de la legislación concursal. La razón de ser de la especialidad entronca con la esencia del concurso de acreedores; en particular, en el hecho de existir una pluralidad de acreedores, cuyos créditos no pueden ser satisfechos oportunamente por el deudor. Y no menos importante es el principio de paridad de trato, que impide beneficiar a algunos de aquéllos en perjuicio de los demás.

La acción rescisoria concursal no comporta la nulidad de los negocios que tiene por objeto, puesto que ni están afectados por vicio o defecto alguno, ni falta ninguno de sus elementos esenciales; simplemente les priva de eficacia (art. 235 TRLC). Genera la obligación de devolver las prestaciones de las partes en el caso de contratos con obligaciones recíprocas, o bien la restitución a la masa activa de la cosa o derecho recibido por la contraparte del deudor en el negocio unilateral de que se trate. La razón es que se considera preferente el interés de los acreedores del concursado que el derecho de su contraparte en el acto impugnado¹.

Estas consecuencias explican la importancia de la institución que nos ocupa para la administración concursal, que deberá tener muy en cuenta que sirve a la finalidad esencial del concurso: la máxima satisfacción de los acreedores. En efecto, la acción rescisoria concursal protege la masa activa al permitir recuperar bienes y derechos que nunca debieron haber salido del patrimonio del deudor². Por lo tanto, beneficia a los acreedores, que tendrán más activos con los que satisfacer sus intereses, e impide que se pueda terminar el concurso por insuficiencia de la masa; algo muy a tener en cuenta dado que el artículo 474 del TRLC imposibilita que la administración concursal solicite la conclusión del procedimiento por insuficiencia de la masa activa mientras se estén tramitando acciones de rescisión concursal. En segundo término, esta institución tiene gran importancia para la *par condicio creditorum* al poder utilizarse para evitar que se beneficie a unos acreedores y someter a todos a las mismas reglas. Por último, también tiene una finalidad preventiva, ya que desincentiva al deudor de poner a buen recaudo su patrimonio y a los acreedores y terceros de participar en maniobras torticeras. De un lado, este tipo de artimañas pueden llevar al juez a calificar el concurso como culpable y sancionar a todos los responsables, tanto al concursado como a sus cómplices. De otro, la ley «castiga» a la contraparte del deudor que haya actuado de mala fe convirtiendo su crédito

1. LEÓN SANZ, F., «Los efectos de la rescisión», en *Liber amicorum prof. José María Gondra Romero*, L. Fernández de la Gándara, J.M. Embid Irujo, A. Recalde Castells y F. León Sanz (eds.), Marcial Pons, Madrid, 2012, 468. Sobre los intereses en conflicto en la figura que nos ocupa véase el prólogo del profesor Manuel CACHÓN CADENAS en HUELMO REGUEIRO, J., *La acción rescisoria concursal*, Bosch, Barcelona, 2016, 17 s.

2. SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 35 ss y ARIAS VARONA, F.J., «La masa activa del concurso», *Manual de derecho concursal*, J. Pulgar Ezquerro, A. Gutiérrez Gilsanz, F.J. Arias Varona y J. Megías López (dir.), La Ley, Madrid, 2022, p.318.

en subordinado y obligándole a indemnizar los daños y perjuicios que haya causado.

La acción rescisoria concursal está regulada en los artículos 226 a 237 del TRLC, a los que cabe añadir el artículo 238 que se refiere a las demás acciones dirigidas contra actos del deudor anteriores a la declaración de concurso. A pesar de los defectos que estos preceptos puedan tener, suponen una mejora respecto de las normas anteriores³. El Código de comercio le dedicaba los arts. 878 a 882. El primero declaraba la nulidad de todos los actos de administración y disposición del deudor posteriores a la fecha de retroacción de los efectos de la quiebra. Inicialmente la jurisprudencia interpretó literalmente esta disposición; pero con el paso del tiempo se comprobó que resultaba hartamente perjudicial al anular todos los actos que cayeran dentro del periodo de retroacción. De ahí que se modificara su exégesis y sólo se consideraran ineficaces las operaciones que perjudicaran la masa de la quiebra⁴. Completaban esa previsión determinadas acciones impugnatorias que facilitaban la rescisión de actos y contratos anteriores a la fecha de retroacción de la quiebra al presumir el fraude o perjuicio⁵. Así, el art. 880 reputaba fraudulentos, y por lo tanto ineficaces, determinados contratos celebrados por el quebrado durante los treinta días precedentes a la quiebra. El 881 permitía anular determinados actos del quebrado si se demostraba que había procedido con ánimo fraudulento. Y el 882 posibilitaba la ineficacia de las donaciones y contratos celebrados en los dos años anteriores a la quiebra cuando se probase que se habían hecho en fraude de acreedores.

El panorama cambió con la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, Ley Concursal) al pasar del sistema de reintegración del Código de comercio, que giraba alrededor de la retroacción de la declaración de quiebra, a un sistema de reintegración, de naturaleza rescisoria, que funda la ineficacia de los actos realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso en el perjuicio para la masa activa y se olvida del fraude como

3. Respecto de la evolución histórica de la institución, LEÓN SANZ, F., «La finalidad y la estructura de la acción rescisoria. Parte I: evolución histórico-comparada», en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde. Tomo III*, Marcial Pons, Madrid et al., 2007, pp. 1908 ss. y SANCHO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 38 ss.

4. En la sentencia 740/2012, de 12 de diciembre, el Tribunal Supremo afirmó que «(l)a concepción de la ineficacia del art. 878.II CCom como una rescisión basada en el perjuicio para la masa de la quiebra, se acomoda mejor al espíritu y finalidad de la actúa rescisión concursal». Véase una construcción dogmática de las razones del cambio de orientación en la STS 510/2012, de 7 de septiembre.

5. ETXARANDIO HERRERA, E.J., «Efectos sobre los actos perjudiciales para la masa (la reintegración de la masa)» en *Manual de Derecho concursal*, E.J. Etxarandio Herrera, 2.ª ed., La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 557.

requisito de la acción⁶. La nueva norma dedicó tres artículos a la rescisión concursal. El 71 establecía esencialmente sus presupuestos, fijaba determinadas presunciones de perjuicio, así como los supuestos en que no procedía la rescisión. El 72 regulaba la legitimación activa y pasiva y disponía que las acciones se tramitarían por el cauce del incidente concursal. El 73 establecía los efectos de la rescisión, que esencialmente consistían en la devolución de las prestaciones. Interesa destacar que estos tres preceptos aparecían ubicados dentro de los efectos de la declaración de concurso. Conformaban el Capítulo IV (*De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa*) del Título III, rubricado: «De los efectos de la declaración de concurso». Por otra parte, sufrieron numerosas modificaciones durante su vigencia, entre las que cabe destacar la adición del artículo 71 bis, que contenía normas especiales para los acuerdos de refinanciación, por el art. 31.1 de la Ley 4/2013, de 27 de septiembre⁷.

La aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal en 2020 supuso no sólo la reenumeración y fragmentación de los artículos 71 a 73, que se convirtieron en los artículos 226 a 238, sino también un cambio de ubicación⁸. En efecto, el legislador incluyó estos preceptos dentro del Título dedicado a la masa activa, lo cual es un acierto dada la finalidad de la institución analizada. Entre otras novedades, merecen reseñarse tres: la administración concursal también puede impugnar un acto aunque los acreedores hayan ejercitado ya la acción rescisoria (art. 232.2); se especifica la obligación de restitución en función de que el negocio impugnado sea un contrato con obligaciones recíprocas o un acto unilateral (apartados 2 y 3 del art. 235 y apartados 1 y 2 del art. 236); y se prevé que podrá apelarse la sentencia que se dicte en el incidente de rescisión, deviniendo preferente su tramitación y resolución (art. 237).

La obligación de transponer la Directiva (UE) 2019/1023 llevó al legislador español a aprobar la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal⁹. Ha introducido diversos cambios que vale la pena destacar.

6. STS 173/2014, de 9 de abril. Arias matiza esta afirmación ya que el elemento intencional no ha desaparecido del todo: adquiere relevancia respecto de los efectos de la rescisión, como veremos. Véase ARIAS VARONA, F.J., «La masa activa del concurso», *Manual de derecho concursal*, J. Pulgar Ezquerro, A. Gutiérrez Gilsanz, F.J. Arias Varona y J. Megías López (dir.), La Ley, Madrid, 2020, p. 303.

7. Al respecto, CERDÁ ALBERO, F., «La irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis de la Ley Concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 22, 2015.

8. El contenido del artículo 71 LC se desgranó en los arts. 226 a 230 más 238 del TRLC. Desapareció el artículo 71 bis. El artículo 72 LC se fragmentó en los artículos 231 a 234, con la novedad del apartado segundo del art. 232. Y el artículo 73 se escindió en dos, convirtiéndose en los arts. 235 y 236, que especifican la obligación de restitución de las prestaciones en función de que el acto sea un contrato con obligaciones recíprocas o un acto unilateral.

9. Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica

El primero es la fijación del inicio del periodo sospechoso en la fecha de solicitud de la declaración de concurso y la previsión de la posibilidad de que también se ejercite antes de la comunicación de negociaciones a efectos de alcanzar un plan de reestructuración y durante la vigencia de éste (art. 226). El segundo afecta a los planes de reestructuración. El art. 667 prohíbe que se rescindan los actos realizados en su ejecución, más fija las condiciones en que la prohibición desaparece. Tercero, los artículos 695 y 696 contienen normas especiales para las microempresas¹⁰. Cuarto, ha añadido un nuevo supuesto de no rescindibilidad al art. 230: los actos de reconocimiento y pago de créditos públicos tendentes a lograr la regularización o atenuación de la responsabilidad del concursado prevista en la legislación penal. Igualmente, se ha variado la letra del 237 para especificar que sólo pueden apelar la sentencia las personas que fueron parte en el incidente de resolución, lo que refuerza las garantías procesales de las partes implicadas¹¹.

Para terminar esta introducción, conviene recordar que la acción rescisoria concursal no es el único instrumento que puede utilizarse para impugnar los actos y omisiones del concursado anteriores a la declaración de concurso. El art. 238 la declara compatible con las demás acciones de reintegración que puedan ejercitarse para privar de validez o eficacia a los actos pasados que perjudiquen la masa activa¹². Y no sólo eso, intenta armonizar en cierta medida su régimen jurídico al otorgar su conocimiento al juez del concurso y extenderles el régimen de la acción rescisoria concursal en cuanto a la legitimación, procedimiento y apelación¹³.

la Directiva 2017/1332. Sobre su incorporación al Derecho español, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Los problemas de la armonización de la legislación concursal española», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 328, 2023, quien también comenta otras iniciativas legislativas europeas que pueden obligar a los legisladores nacionales a modificar el régimen de la acción rescisoria concursal; y Sancho, 2024.

10. Sobre el procedimiento especial para microempresas, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G., «El procedimiento especial para microempresas en el Texto Refundido de la Ley Concursal», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 329, 2003.

11. Respecto de las implicaciones de esta norma, véase *infra* nota 74.

12. PARRA LUCÁN, M.Á., «El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso», en *La reintegración en el concurso de acreedores*, J.A. García-Cruces González (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 223 ss. y SALINAS ADELANTADO, C., «Remedios alternativos a la acción rescisoria en la escisión relacionada con un concurso de acreedores», en *Derecho preconcursal y concursal de sociedades mercantiles de capital*, Andrés Gutiérrez Gilsanz (dir.), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 299 ss.

13. Cabe recordar que el artículo 72 de la Ley Concursal ya equiparaba la acción rescisoria concursal y las demás acciones de impugnación en cuanto a la legitimación activa y a la tramitación por el incidente concursal. En la sentencia 197/2020, de 26 de mayo, el Tribunal Supremo interpretó esta equiparación de forma muy amplia.

2. Presupuestos

La doctrina y la jurisprudencia acostumbran subrayar que son dos los presupuestos del ejercicio de la acción rescisoria concursal: el perjuicio para la masa activa y la ubicación del acto dentro del periodo sospechoso¹⁴. Sin embargo, también ha generado dudas la exigencia de que se trate de un acto de disposición del concursado; de ahí que comencemos con este elemento. Pero antes de empezar, conviene repetir que no es necesario el *animus fraudatoris* para que prospere la acción rescisoria concursal.

2.1. Actos de disposición patrimonial del deudor

El art. 226 del TRLC permite rescindir los actos del deudor que sean perjudiciales para la masa activa. Sólo pueden rescindirse los actos de disposición patrimonial del concursado que no estén incluidos en el listado del art. 230 del TRLC. La primera cuestión que debe resolverse es si pueden impugnarse no sólo los actos sino también las omisiones. Aunque no se desprenda de la literalidad de la ley, y el legislador haya desaprovechado todas las oportunidades que ha tenido para despejar las incógnitas existentes, consideramos que la respuesta debe ser positiva dada la viabilidad de una exégesis amplia del término «acto» y la finalidad de la institución que analizamos¹⁵. Efectivamente, la abstención del deudor también puede tener consecuencias negativas para los acreedores concursales que la administración concursal debe poder revertir. Piénsese, por ejemplo, en dejar de exigir el pago de una deuda o de ejercitar un derecho que podría incrementar su patrimonio. El problema que se presenta es la protección de los terceros de buena fe, que pueden verse sorprendidos por la impugnación de la administración concursal. Para proteger la seguridad jurídica, una opinión autorizada condiciona el ejercicio de la acción rescisoria concursal a dos requisitos¹⁶. El primero es la relación de causalidad entre la omisión y la adquisición por un tercero de un bien o derecho que debería formar parte de la masa activa. El segundo, la conciencia de que el comportamiento pasivo determina la transmisión de ese bien o derecho al tercero.

14. Por ejemplo, DE VIVERO DE PORRAS, C., «Las acciones de reintegración», en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, A.B. Campuzano Laguillo y E. Sanjuán y Muñoz (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

15. Así, ROJO, «Los problemas de la armonización de la legislación concursal española», cit., 14/23; SANCHO, *La rescisión concursal*, cit., p. 95; SANCHO GARGALLO, I., «Reflexiones sobre la armonización de las acciones de reintegración», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 62, 2024, donde afirmaba que la incorporación de la Directiva constituiría una buena ocasión para despejar las dudas existentes, y GIRGADO PERANDONES, P., «La acción rescisoria concursal frente a las garantías intragrupo», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 43, 2017, p. 97. En cuanto a la jurisprudencia, la STS 510/2012, de 7 de septiembre proporciona el soporte dogmático.

16. SANCHO, *La rescisión concursal*, cit., p. 95.

Sólo los actos (y omisiones) que entrañen una disposición patrimonial son rescindibles; ahora bien, resulta necesario interpretar esta exigencia de forma amplia dada la finalidad de la institución, de modo que se incluya cualquier acto por el que bienes, derechos u obligaciones entren o salgan del patrimonio del concursado¹⁷. La letra de la ley fundamenta esta exégesis puesto que permite impugnar tanto contratos con obligaciones recíprocas como actos unilaterales. Ahora bien, la administración concursal debe prestar gran atención a este extremo y delimitar con precisión el acto cuya rescisión solicita dadas las consecuencias de la estimación de la acción. Sólo el acto impugnado deviene ineficaz y sólo el bien, derecho u obligación que tenga por objeto se reintegra en la masa activa. Consecuentemente, no es igual impugnar un contrato de préstamo garantizado por una hipoteca que sólo la constitución de esa garantía. La decisión puede no ser fácil, pues puede resultar complicado delimitar si un determinado acto forma parte de una operación de forma inescindible o puede separarse de ella sin mayores problemas. En la sentencia 682/2016, de 21 de noviembre, el Tribunal Supremo negó que pudiera impugnarse la transmisión de bienes que formaba parte de una escisión puesto que no era un acto distinto de ella. Debía impugnarse la modificación estructural en su conjunto.

Cabe igualmente subrayar que sólo pueden atacarse los actos del concursado; al menos, aquéllos en que es parte. Aunque esta afirmación puede parecer banal, existen casos en los que puede tener gran trascendencia, como el que trata la STS 170/2021, de 25 de marzo¹⁸. El problema residía en que sociedades que pertenecían a un mismo grupo corporativo se habían cedido entre sí los créditos y deudas que tenían respecto a otra empresa, que posteriormente fue declarada en concurso, y la compañía finalmente cesionaria había compensado los créditos y deudas con esta última. La administración concursal ejerció la acción rescisoria concursal contra todas estas operaciones: tanto contra las cesiones como contra la compensación. La Audiencia Provincial negó que procediera la impugnación al no tratarse de actos de la concursada, sino de operaciones de reestructuración financiera y contable dentro de un grupo empresarial al que no pertenecía ésta. En cambio, el Tribunal Supremo estimó que sí había existido una participación de la concursada, aunque sólo respecto una parte de los negocios en cuestión. Reconoció su ajenidad respecto a la cesión

17. SANCHO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 91 ss.

18. García-Cruces y Escribano subrayan la necesidad de que el acto del deudor sea voluntario, de modo que no pueden rescindirse los actos del futuro concursado que vengan impuestos por una norma jurídica, por la administración o por los tribunales. Véase GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores», en *La reintegración en el concurso de acreedores*, J.A. García-Cruces González (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 36 ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. «Acción rescisoria concursal y mala fe de la parte 'in bonis'», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 2011, pp. 8 s./35 y ESCRIBANO GÁMIR, M.C., «El perjuicio como elemento determinante de la acción rescisoria concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 30, 2018, p. 12/21.

de créditos intragrupo; pero sí que era parte de la compensación al ser titular de los créditos y deudas compensados. Por lo tanto, declaró la ineficacia de esta operación.

El art. 230 establece los actos de disposición patrimonial del concursado que no son rescindibles, entre los que destacan los «...ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor que hubieren sido realizados en condiciones normales»¹⁹. Cabe hacer tres consideraciones respecto de la aplicación de esta previsión. Su *ratio* es proteger la confianza del tráfico; en particular, proteger a los terceros que contrataron con el deudor en condiciones normales antes de la declaración de concurso confiando en que su relación se desarrollaría por los cauces normales y surtiría los efectos esperados. El Tribunal Supremo se ha basado en ella para afirmar que sí eran rescindibles los pagos hechos por la sociedad, que finalmente fue declarada en concurso, a su socio mayoritario y administrador único, en devolución de préstamos societarios. Como éste no tenía la condición de tercero, no podía beneficiarse de la tutela del número 1 del art. 230²⁰.

Deben concurrir dos requisitos para que proceda la exclusión de la rescindibilidad. El primero es que el acto en cuestión pueda calificarse como ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor. Para valorar la concurrencia de este requisito deberá prestarse atención a su realidad y coyuntura. Aunque en alguna ocasión la jurisprudencia también se refiere al objeto social (STS 487/2013, de 10 de julio), no parece que éste sea un elemento pertinente para valorar si procede aplicar esta norma, dada su razón de ser y que constituye una excepción a la regla general de rescindibilidad de todos los actos perjudiciales para la masa activa²¹. El segundo requisito es que el acto se haya hecho en condiciones normales, para lo cual deberán tenerse en cuenta las circunstancias en que se realizó y la coyuntura socioeconómica²². Si la operación se enmarca dentro del giro o tráfico empresarial del concursado, pero se realizó en condiciones atípicas, procederá la impugnación.²³ El Tribunal Supremo ha considerado que no son circunstancias normales el pago de sumas debidas para conseguir la renovación del arrendamiento del inmueble en el que se desarrollaba la actividad empresarial (STS 740/2012, de 12 de diciembre²⁴), la vinculación de la con-

19. QUINTANA CARLO, I., «Las exclusiones legales de rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa», en *La reintegración en el concurso de acreedores*, J.A. García-Cruces González (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 147 ss.

20. STS 487/2013, de 10 de julio.

21. En el mismo sentido, QUINTANA, obra citada, p. 153.

22. STS 629/2012, de 26 de octubre.

23. SAP Barcelona 424/2023, de 18 de septiembre.

24. No obstante, la máxima autoridad judicial rechazó la rescisión porque no se había producido ningún perjuicio a la masa de la quiebra.

traparte con el concursado (STS 487/2013, de 10 de julio) y el hecho de que el deudor ya estuviera en situación de insolvencia, la proximidad a la solicitud de declaración de concurso y que se hubiera beneficiado a un acreedor cuyo crédito ya estaba garantizado (STS 642/2016, de 26 de octubre).

Por último, la administración concursal deberá extremar sus precauciones al intentar rescindir las modificaciones estructurales pues, a pesar de no estar incluidas en el listado del artículo 230, el Tribunal Supremo ha negado que proceda dejarlas sin eficacia en aplicación de los arts. 71 ss. de la Ley Concursal (actualmente arts. 226 ss. del TRLC). El fallo clave es la STS 682/2016, de 21 de noviembre, relativa a una escisión parcial realizada durante el periodo sospechoso²⁵. El Tribunal Supremo rechazó que pudiera privarse de eficacia en base a la acción rescisoria concursal; solamente hubiera podido conseguirse ese resultado a través de los medios previstos en la normativa societaria específica—en aquel momento, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles—. Cimentó su construcción en el art. 47 de esta norma y los principios de seguridad jurídica y de especialidad. El apartado primero de aquel precepto impedía ejercitar cualquier acción de impugnación contra una fusión (que la máxima autoridad judicial española identificó con cualquier modificación estructural) tras su inscripción. Subrayó que el término «impugnación» era más amplio que el de «nulidad» y comprendía también la acción rescisoria concursal. En cuanto a la seguridad jurídica, argumentó que, una vez inscrita la modificación estructural y transcurrido el término para impugnarla, se produce el efecto sanatorio de la inscripción, del que sólo se salvan la acción de nulidad basada en la infracción de las normas reguladoras de las modificaciones estructurales y la acción de indemnización de daños y perjuicios de los socios y terceros. Por último, razonó que la Ley de Modificaciones Estructurales es una norma especial respecto de las normas generales o sectoriales que se aplican a la ineficacia de los negocios jurídicos, dentro de las que incluyó la legislación concursal.

2.2. Perjuicio para la masa activa

El segundo presupuesto de la acción rescisoria concursal es el perjuicio para la masa activa. Sólo podrán recuperarse bienes y derechos que han salido del patrimonio del concursado cuando la operación impugnada ocasionó daños a los acreedores, al dificultar o impedir el cobro de los créditos concursales. Aunque su significado y alcance generan dudas, pues la ley no los precisa, existe

25. Comentada por HERNÁNDEZ ALFARO, M.Á., «La rescisión concursal de las modificaciones estructurales traslativas. A propósito de la STS de 16 de noviembre de 2016», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 27, 2017. Téngase también en cuenta SALINAS, obra citada, pp. 299 ss.

jurisprudencia consolidada al respecto²⁶. El Tribunal Supremo lo define como un «sacrificio patrimonial injustificado», compuesto por dos elementos²⁷. El primero es el sacrificio patrimonial y consiste en una minoración del valor de los bienes y derechos que conforman la masa activa. Se produce, por ejemplo, cuando el deudor transmitió activos a terceros a un precio inferior a su valor de mercado; pero también deberá considerarse cumplida esta exigencia cuando pagó un montante superior por ellos. El segundo elemento es la falta de justificación: sólo prosperará la acción rescisoria concursal cuando el negocio que generó la disminución o la falta de incremento de la masa activa carecía de una razón aceptable. A esos efectos tiene gran importancia la *par condicio creditorum*. Si el acto impugnado vulneró la paridad de trato, favoreciendo a un o unos acreedores en detrimento de otros, carecerá de justificación —salvo situaciones excepcionales. Ahora bien, no es el único criterio para apreciar la justificación del negocio jurídico impugnado²⁸. Habrá que tomar en consideración las circunstancias y condicionantes del caso para valorar la operación cuya rescisión se pretende. Acertadamente, el Tribunal Supremo ha comentado que el «perjuicio para la masa activa» no exige que el acto impugnado genere o agrave la insolvencia, ni que se haya realizado cuando el deudor ya estaba en esta situación²⁹.

Los dos componentes de este presupuesto, minoración del valor de los bienes y derechos del patrimonio del deudor y falta de justificación, son necesarios e imprescindibles. No podrá considerarse que existió perjuicio para la masa acti-

26. En la doctrina, DE TORRES PEREA, J.M., «La falta de correspondencia entre prestaciones y perjuicio ex art. 71.1 de la Ley Concursal: estudio jurisprudencial y análisis crítico», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 26, 2017, pp. 4 ss./25, quien propone escindir los contratos bilaterales de los actos unilaterales; y ESCRIBANO GÁMIR, M.C., «El perjuicio como elemento determinante de la acción rescisoria concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 30, 2018, pp. 9 ss/21, quien pone el acento en la lesión al principio de igualdad de trato.

27. Por ejemplo, SSTs 629/2012, de 26 de octubre; 117/2018, de 6 de marzo; 253/2018, de 26 de abril. El Tribunal Supremo rechazó una interpretación restrictiva que identificara el perjuicio a la masa activa con una minoración de los bienes y derechos que conformaban el patrimonio del concursado. La razón es que la ley contiene presunciones de perjuicio en que no hay una disminución patrimonial sino simplemente una lesión del principio de igualdad de trato. Pero también rechazó identificar el segundo presupuesto de la acción rescisoria concursal con la lesión de la *par condicio creditorum*. Argumentó que el resultado sería excesivamente amplio, pues permitiría rescindir cualquier acto del deudor realizado dentro de los dos anteriores a la petición de decisión de concurso que alterara la composición de la masa pasiva. Así SSTs 629/2012, de 26 de octubre; 126/2018, de 7 de marzo y 214/2018, de 11 de abril. No obstante, en la sentencia 117/2018, de 6 de marzo, afirmó que en circunstancias extraordinarias la lesión a la paridad de trato puede ser considerada suficiente. Pero fue una declaración hecha *obiter dictum* para supuestos harto excepcionales, condicionados por las circunstancias del caso. En la doctrina SANCHO, *La rescisión concursal*, cit., p. 107.

28. En el fallo 717/2018, de 19 de diciembre, el Tribunal Supremo efectúa un ejercicio de evaluación individual sobre el beneficio que ha podido suponer a cada una de las sociedades de un grupo que no deberá ser a título gratuito. La contraprestación o beneficio podrá verse reflejado en la utilidad que deberá ser de una magnitud suficiente.

29. STS 428/2014, de 24 de julio. Véase también la STS 308/2018, de 24 de mayo, en la que se pone en relación la acción rescisoria concursal con la acción pauliana.

va si el acto impugnado no redujo el valor del patrimonio del concursado o si estaba justificado. El hecho de que sea empresarialmente reproable no es suficiente si no ha habido un sacrificio patrimonial; y viceversa. Así, el Tribunal Supremo ha considerado legítima la constitución de una hipoteca cuando permitió que el concursado sobreviviera empresarialmente o al menos contribuyó al mantenimiento de la actividad empresarial, generándose nuevos activos que permitieron satisfacer al resto de los acreedores (STS 642/2016, de 26 de octubre)³⁰. En cambio, el pago de una deuda vencida y exigible se consideró injustificado porque tenía por finalidad que el acreedor que había instado el concurso necesario retirase su petición (STS 629/2012, de 26 de octubre)³¹. La argumentación del Tribunal Supremo giró alrededor del principio de paridad de trato, pues el pago había permitido a un acreedor escapar a las vicisitudes del concurso, mientras que los demás se habían visto sometidos a ellas dado que poco después el deudor presentó una solicitud de declaración de concurso. En general acostumbran a decantar la balanza a favor de la rescisión el hecho de que el deudor estuviere ya en situación de insolvencia y la proximidad a la fecha de solicitud o de declaración de concurso³².

El análisis de la concurrencia de ambos elementos debe referirse al momento en que se hizo el acto impugnado³³. Hay que atender a las circunstancias socioeconómicas de las partes y al contexto empresarial y mercantil de esa época, sin dejarse influir por eventos posteriores que afectaron al precio del bien o derecho objeto del acto impugnado o a la coyuntura económica del momento de declaración de concurso o del ejercicio de la acción rescisoria concursal. Con todo, en varias decisiones el Tribunal Supremo ha comparado los efectos del acto impugnado con la situación en que se encontraron los acreedores con el devenir del concurso³⁴. Por ejemplo, ha comparado el valor del bien objeto de las daciones en pago impugnadas con el montante de las quitas que se aplicaron al resto de acreedores concursales y ha decidido que la masa activa no resultó perjudicada al ser superiores las quitas que la diferencia de valor entre las plazas de aparcamiento y los créditos extinguidos³⁵.

30. Véase un caso de falta de sacrificio patrimonial en la SAP Pontevedra 122/2024, de 8 de marzo, relativa a la refinanciación de circulante.

31. En cuanto a los pagos realizados durante el periodo sospechoso, la regla general es que se consideran justificados si eran vencidos y exigibles. Ahora bien, circunstancias excepcionales pueden llevar a privarlos de justificación. El Tribunal Supremo pone como ejemplo el hecho de encontrarse el deudor en situación de insolvencia, la proximidad a la solicitud y declaración de concurso o la naturaleza del crédito y condición del acreedor. Véase las sentencias 629/2012, de 26 de octubre y 428/2014, de 24 de julio.

32. Las SSTs 117/2018, de 6 de marzo y 253/2018, de 26 de abril también añaden, como elementos a tener muy en cuenta, la naturaleza del crédito extinguido y la condición del acreedor beneficiado.

33. STS 211/2016, de 5 de abril.

34. También en ese sentido SANCHO, *La rescisión concursal*, cit., p. 123.

35. SSTs 117/2018, de 6 de marzo; 253/2018, de 26 de abril.

Los artículos 227 y 228 establecen presunciones de perjuicio y el artículo 229 los complementa fijando que, en los casos que escapen a su radio de eficacia, la carga de la prueba recae sobre la persona que ejercita la acción rescisoria concursal³⁶. La trascendencia práctica de estas presunciones justifica que nos detengamos en ellas siquiera brevemente. Cabe empezar por las del artículo 227, que presentan una naturaleza absoluta (*iuris et de iure*), tal y como se desprende de su letra («sin admitir prueba en contrario»)³⁷. Por lo tanto, la administración concursal o los acreedores que ejerciten la acción estarán dispuestos de probar la existencia del sacrificio patrimonial injustificado y no se admitirá la prueba en contrario: ni el concursado, ni la contraparte, ni los terceros que hubieran adquirido los bienes y derechos controvertidos podrán demostrar que no hubo perjuicio patrimonial³⁸. Los supuestos son dos: los actos de disposición a título gratuito y los pagos o demás actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso. En cuanto a los primeros, el Tribunal Supremo los contrapone a los onerosos y niega que exista un *tertium genus*³⁹. Al analizar si procede esta presunción, habrá que comprobar si el concursado recibió alguna contraprestación, bien directa bien indirecta⁴⁰. En caso negativo, deberá considerarse que su actua-

36. La aplicación de estas presunciones a los grupos de sociedades presenta una gran importancia, como evidencia la jurisprudencia existente y GIRGADO, «La acción rescisoria concursal frente a las garantías intragrupo», cit., pp. 89 ss y GIRGADO PERANDONES, P., «Existencia de un grupo de sociedades, garantías intragrupo y acción rescisoria concursal. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 135)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 48, 2019, pp. 339 ss. Los problemas se plantean sobre todo respecto de las garantías intragrupo; es decir, cuando una sociedad afianza, hipoteca o pignora un bien suyo para garantizar las deudas de otra compañía de la misma comunidad y posteriormente deviene insolvente y es declarada en concurso. La razón es que existe un conflicto entre los intereses del grupo y los de los acreedores de la garante y existen argumentos para defenderlos todos ellos. Tanto los grupos corporativos como las operaciones dentro de ellas son lícitos y ninguna duda cabe que aquéllos tienen una dirección común e intereses propios que pueden ser merecedores de tutela. Pero la normativa concursal española tiene por finalidad la máxima satisfacción de los intereses de los acreedores, por lo que resulta muy difícil justificar que deba aceptarse su sacrificio en favor del interés de grupo que, como tal, no está expresamente reconocido por nuestro derecho. Lamentablemente, no podemos dedicar a esta cuestión la atención que merece por razones de espacio y nos limitamos a breves apuntes al respecto.

37. RODRÍGUEZ, «Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa», cit., pp. 74 ss.

38. STS 629/2012, de 26 de octubre.

39. SSTs 487/2013, de 10 de julio y 100/2014, de 30 de abril.

40. En relación con las garantías intragrupo, el Tribunal Supremo ha negado que la mera pertenencia a un grupo de sociedades constituya una remuneración que permita rechazar que el acto de disposición era gratuito. Por ejemplo, SSTs 100/2014, de 30 de abril; 717/2018, de 19 de diciembre y 45/2019, de 23 de enero.

Por otra parte, en la STS 63/2020, de 3 de febrero, se parte de la imposibilidad de acreditar que la concesión de garantías reflejada en una escritura de 2010 tuviera como resultado la extinción de las obligaciones derivadas de un crédito concedido en 2008, lo cual resultó determinante para la configuración del acto como un sacrificio patrimonial injustificado. El Tribunal Supremo pone de relieve que, para que una operación de esta naturaleza pueda considerarse legítima, debe existir una conexión clara entre la prestación de las garantías y la consecución de un beneficio tangible o al menos una disminución de la carga económica preexistente. En este caso no sólo no se acreditó dicha relación, sino que se constató que la concesión de las garantías no favoreció el interés de la entidad ni contribuyó a la mejora de la globalidad de la masa crediticia. Esta falta de correspondencia entre el sacrificio patrimonial realizado y el beneficio esperado refuerza la apreciación de que

ción perjudicó la masa activa y, consecuentemente, será ineficaz. Si la conclusión es positiva —recibió una remuneración— deberá estudiarse si resultan aplicables las restantes presunciones y, en su defecto, si se demostró que hubo un sacrificio patrimonial carente de justificación. Quedan excluidas de esta regla las liberalidades al uso, con lo que habrá que prestar atención a las circunstancias socioeconómicas del concursado en el momento en que realizó el acto impugnado.

La segunda presunción *iuris et de iure* se refiere a los actos de extinción de las obligaciones del deudor cuyo vencimiento era posterior a la fecha de declaración del concurso⁴¹. Parece evidente que este acto perjudica la masa activa puesto que el pago o la extinción de la obligación eran indebidos al no estar vencidos y parece muy difícil que pueda existir una justificación que los ampare. Interesa subrayar que se excluye el caso de las obligaciones protegidas con una garantía real: mientras que el artículo 227 las excluye, el art. 228 las ampara. Es decir, se presume relativa de la extinción de una obligación con garantía real cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso, de modo que el concursado, su contraparte o los terceros adquirentes de los bienes y derechos podrán probar que no hubo un sacrificio patrimonial injustificado.

Se plantea la duda de la coherencia de esta previsión con los cambios introducidos en el artículo 226 por la Ley 16/2022. En efecto, mientras que se ha adelantado el periodo sospechoso, en el sentido que el cómputo de los dos años se inicia con la solicitud y no con la declaración de concurso, y se prevé también que puedan rescindirse los perjuicios para la masa patrimonial realizados dentro de los dos años anteriores a la comunicación de las negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración, la presunción del artículo 227 no ha sido modificada. Podría tratarse de un descuido del legislador que debería poder solucionarse a través de la analogía, de modo que también se presumen perjudiciales para la masa activa los pagos y demás actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la solicitud de declaración de concurso o a la comunicación de las negociaciones a efectos de un plan de reestructuración; siempre, claro está, que no se beneficiasen de una garantía real.

el acto fue, en esencia, perjudicial para los intereses de los acreedores. Esta decisión refuerza la afirmación de que es necesario que cualquier decisión que implique la disposición de patrimonio deba estar orientada no solo al beneficio individual, sino también a la protección y sostenibilidad del conjunto de los acreedores, en línea con los principios de equidad y prudencia que rigen en este tipo de situaciones jurídicas.

41. Por ejemplo, STS 37/2015, de 17 de febrero.

El art. 228 contiene tres presunciones relativas⁴². La primera se refiere a los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado⁴³. La inclusión dentro de esta lista resulta evidente, dadas las sospechas que generan los negocios del concursado con las personas enumeradas en los arts. 282 a 284 del TRLC. Es el caso de la relación entre el socio mayoritario con la sociedad que gestiona como administrador único. El Tribunal Supremo aplicó esta presunción en su sentencia 487/2013, de 10 de julio, relativa a la devolución de un préstamo que aquél había concedido a ésta⁴⁴. Argumentó que la operación se había articulado como préstamo societario para escapar a las posibles consecuencias no queridas del proceso concursal. El administrador lo canceló con preferencia al resto de los acreedores y obtuvo la devolución de unos fondos que debían haber integrado los recursos propios de la sociedad y haber servido de garantía frente a terceros.

También se presume que se ha perjudicado la masa activa cuando se otorga una garantía real a favor de una obligación preexistente o se renueva la que hubiera existido hasta la fecha⁴⁵. La *ratio* es que el bien dado en garantía queda sujeto al pago de un crédito y otorga al acreedor un derecho de ejecución

42. Merece significarse que la jurisprudencia española ha rechazado que la mera pertenencia a un grupo de sociedades constituya justificación suficiente que permita rebatir las presunciones *iuris tantum*. Por ejemplo, STS 100/2014, de 30 de abril. Pero téngase en cuenta las consideraciones de GIRGADO, «La acción rescisoria concursal frente a las garantías intragrupo», cit., p. 101. En cuanto a los extremos relevantes para apreciar si el sacrificio patrimonial estaba justificado, STS 1170/2021, de 25 de marzo.

43. ÁVILA DE LA TORRE, A., «Las presunciones relativas de perjuicio (I): impugnación de los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado», en *La reintegración en el concurso de acreedores*, J.A. García-Cruces González (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 93 ss.

44. La máxima autoridad judicial española también recurrió a la figura de la infracapitalización, puesto que el préstamo debería haberse articulado como una aportación societaria para dotar a la compañía de capital suficiente para afrontar su objeto social. Interesa comentar que en la sentencia 290/2015, de 2 de junio, el Tribunal Supremo rechaza la aplicación de la presunción al entender que la enumeración de las personas especialmente relacionadas con el concursado es una lista cerrada y no abierta.

Igualmente, hay que tener en cuenta que la presunción es relativa, por lo que puede romperse. Así lo estimó el Tribunal Supremo en la sentencia 717/2018, de 19 de diciembre, dado que el acto que se deseaba rescindir había tenido éxito, lo que había comportado un aumento del valor económico de la concursada —la máxima autoridad judicial trajo a colación un argumento más: la prestación de una garantía por la matriz del grupo sería equivalente a haber aportado a la concursada dinero para hacer frente a sus deudas—. Ahora bien, se nos plantea la duda del significado y alcance del «éxito» empresarial y nos parece discutible que pueda admitirse que la pervivencia de una o varias empresas de un grupo corporativo justifique el sacrificio de la concursada y la postergación de los intereses de sus acreedores.

45. Al respecto, MORALES MENÉNDEZ, I., «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 19, 2009, pp. 11 ss./32 y MORALES MENÉNDEZ, I., «Las presunciones relativas de perjuicio (II): la impugnación de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas», en *La reintegración en el concurso de acreedores*, J.A. García-Cruces González (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 117 ss.

separada⁴⁶. Por lo tanto, disminuye la capacidad de acceder al crédito para el deudor y, en caso de que se realice aquélla, el activo hipotecado o pignorado saldrá del patrimonio del concursado minorando la masa activa. Pero, además, se rompe la *par condicio creditorum* puesto que la garantía favorece al acreedor beneficiario y perjudica al resto⁴⁷. Con todo, es posible que la constitución o renovación de la garantía real responda a una causa justificada, como una modificación significativa del crédito o una prórroga de su exigibilidad, en cuyo caso quebrará la presunción⁴⁸.

Aunque puede resultar evidente, conviene tener en cuenta que la presunción no juega en el caso de las garantías coetáneas al nacimiento de la obligación principal. En la sentencia 717/2018, de 19 de diciembre, el máximo ente judicial español explica que no se genera la presunción porque «... el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como corresponsivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero»⁴⁹. Por lo tanto, parecería que considerase que el problema de las garantías no coetáneas es su carácter gratuito⁵⁰.

La última presunción tiene por objeto los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso si contasen con garantía real. La sospecha de que estas operaciones son fraudulentas aparece atenuada por la existencia de una garantía real, de ahí que la segunda presunción absoluta del artículo 227 se haya convertido en relativa.

46. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en las sentencias 143/2015, de 26 de marzo y 642/2016, de 26 de octubre, por ejemplo.

47. El Tribunal Supremo pone el acento en este argumento en la sentencia 173/2014, de 9 de abril.

48. El Tribunal Supremo consideró que no era el caso de una ampliación del crédito inferior al 8% en la sentencia 143/2015, de 26 de marzo.

En cuanto a los grupos de sociedades, la doctrina comenta que es más fácil aceptar que la matriz constituyó la garantía real para salvaguardar a su filial que la operación inversa. La razón es que, en el primer caso, se entiende que aquella compañía está protegiendo su inversión y que la actividad de la dominada le reporta beneficios. No sucede lo mismo en el segundo caso; más bien, cabe entender que la matriz está sacrificando a su filial de forma gratuita. Así GIRGADO, «La acción rescisoria concursal frente a las garantías intragrupo», cit., pp. 102 ss; GIRGADO, «Existencia de un grupo de sociedades, garantías intragrupo y acción rescisoria concursal», cit., pp. 346 s y SATRÚSTEGUI MENCHACA, B. y FONTÁN GARCÍA-ORMAECHEA, A., «Rescisión concursal de las garantías intragrupo», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 26, 2016, pp. 9 ss/18.

49. En el mismo sentido, STS 290/2015, de 2 de junio.

50. Con más profundidad MORALES, «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)», cit., p. 14/32.

2.3. Requisito temporal

La delimitación del periodo sospechoso no había suscitado grandes dudas: hasta la entrada en vigor de la Ley 16/2022 eran rescindibles los actos realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de la quiebra⁵¹. Lamentablemente para la seguridad jurídica, la norma citada ha modificado el art. 226 del TRLC introduciendo dos cambios. El primero afecta al inicio del cómputo. La versión original del precepto lo situaba en la fecha del auto de declaración de concurso. La reforma anticipa el inicio a la fecha de su petición: el periodo sospechoso empieza cuando bien el deudor bien sus acreedores solicitan la declaración de concurso. Según una opinión autorizada, la razón es evitar los perjuicios injustificados que causan los retrasos de la Administración de Justicia⁵².

El segundo cambio es mucho más profundo y producto de la importancia que quiere darse al Derecho preconcursal, pues se extiende el periodo sospechoso a los actos realizados antes de las negociaciones encaminadas a la aprobación de un plan de reestructuración. En particular, también se permite rescindir los negocios jurídicos perjudiciales para la masa activa cuando se ubican temporalmente dentro de los dos años anteriores a la fecha de la comunicación bien de esas negociaciones, bien de la intención de iniciarlas⁵³. Y ese lapso se extiende hasta la fecha de declaración de concurso. Ahora bien, se añaden dos requisitos más. El primero es la falta de aprobación de un plan de reestructuración por los acreedores o de homologación por parte del juez⁵⁴. El segundo es también temporal y exige que se declare el concurso dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de esa comunicación o de la prórroga que hubiera sido concedida.

El periodo sospechoso termina con la declaración de concurso puesto que ella fija límites a los poderes de disposición del deudor, cuya infracción se castiga con la nulidad de los actos realizados (art. 109 del TRLC). Ahora bien, la aprobación del convenio concursal crea nuevos problemas al desaparecer los efectos de la declaración del concurso y, con ellos, la intervención o suspensión de

51. Sobre las razones de que exista un plazo único, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. «Acción rescisoria concursal y mala fe de la parte 'in bonis'», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 2011, pp. 11 ss./35.

52. SANCHO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 127 y 130.

53. Según Sancho, la finalidad es impedir que se comuniquen la existencia de negociaciones para intentar ocultar torticeramente bienes o derechos a la acción rescisoria concursal, conviniendo transacciones al respecto en un momento anterior al periodo sospechoso.

54. A esos efectos cabe añadir que el artículo 667 del TRLC establece las condiciones que deben concurrir para que los créditos afectados por un plan aprobado y homologado queden protegidos frente a las acciones rescisorias concursales. Véase SANCHO GARGALLO, I., «La protección de los planes de reestructuración homologados frente a la rescisión concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. extra 58, 2023.

la facultad de disposición patrimonial del concursado, además del cese de la administración concursal (arts. 394 y 395). Así las cosas, existe la posibilidad de que el deudor realice actos que disminuyan el valor de la masa activa y perjudiquen a los acreedores, con lo que surge la duda acerca de su impugnabilidad en caso de que se decrete el incumplimiento del convenio y la apertura de la fase de liquidación.

Durante la vigencia de la Ley Concursal se planteó la posibilidad de aplicar el régimen de la acción rescisoria concursal a esos actos⁵⁵. La respuesta del Tribunal Supremo fue negativa (STS 198/2017, de 23 de marzo). El acto impugnado era un reconocimiento de deuda acompañado de la constitución de una hipoteca mobiliaria para garantizar el pago acaecido durante la vigencia del convenio concursal —cuyo incumplimiento abrió la fase de liquidación. El Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona estimó que cabía la rescisión al entender que la apertura de la fase de liquidación suponía una nueva declaración de concurso. Pero tanto la Audiencia Provincial de la Ciudad Condal como el Tribunal Supremo rechazaron esa idea: no existía ninguna laguna que permitiera extrapolar la acción rescisoria concursal a la fase de cumplimiento de convenio; sólo podía ejercitarse respecto de actos anteriores a la declaración de concurso.

El Texto Refundido de la Ley Concursal establece una respuesta diferente en su artículo 405⁵⁶. Cabe partir del art. 404, cuyo apartado segundo dispone que la declaración de incumplimiento del convenio no afectará a la validez y eficacia de los actos realizados por el concursado o por terceros en ejecución suya. Pero el artículo 405 introduce dos excepciones. La primera es la posibilidad de anular los actos realizados durante la vigencia del convenio cuando supongan un incumplimiento de sus previsiones o la lesión del principio de paridad de trato. La segunda es la que nos interesa, pues la disposición referida permite recurrir a la acción rescisoria concursal para impugnar los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor durante los dos años anteriores a la solicitud de declaración de incumplimiento del convenio o, en caso de imposibilidad de cumplimiento, desde la solicitud de apertura de la fase de liquidación de la masa activa. Cabe hacer hincapié en dos cuestiones. La primera es que, evidentemente, varía el momento en que empieza el periodo sospechoso: no es la solicitud de declaración de concurso sino bien la solicitud de declaración de incumplimiento del convenio, bien la de apertura de la fase de liquidación.

55. Así lo mantuvo GARCÍA-CRUCES, «Acción rescisoria concursal y mala fe de la parte 'in bonis'», cit., pp. 14/35.

56. Se había posicionado en esa dirección MUÑOZ PAREDES, A., «Acciones de reintegración o rescisorias», en *Protocolo concursal*, Aranzadi, 2017, p. 351, tanto en relación con el incumplimiento del convenio como respecto de la reapertura del concurso.

Y segunda, la violación de la *pars condicio creditorum* no significa que exista un perjuicio para la masa activa que permita la rescisión, sino que es causa de nulidad.

3. Efectos

3.1. Ineficacia y restitución

El apartado primero del artículo 235 del TRLC dispone la ineficacia del acto impugnado; ineficacia que debe entenderse *ex post* y no *ex ante* dado que no estamos ante una acción de nulidad sino de rescisión. Es decir, el triunfo de la acción supone el cese de todos los efectos del negocio jurídico, debiendo las restituirse las prestaciones realizadas. La reintegración concursal, como bien señala la STS 682/2016, de 21 de noviembre, se fundamenta en la ineficacia de carácter funcional, no estructural. Esta distinción resulta crucial, pues subraya que los actos objeto de rescisión no adolecen de una invalidez originaria, sino que son válidos. Ahora bien, al haberse realizado durante el periodo sospechoso y haber causado perjuicio a los acreedores, son declarados ineficaces. Así, la naturaleza rescisoria de la acción se enfoca no en cuestionar la validez intrínseca de las operaciones impugnadas, sino en su impacto negativo sobre la masa activa del concurso, dañando los intereses de los acreedores.

Por otra parte, la naturaleza concursal de la rescisión determina que alcance a todos los acreedores, tanto si la acción fue ejercitada por la administración concursal como si fue instada por sólo una parte de ellos. Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, entre las que destaca la sentencia 682/2016, de 21 de noviembre, donde calificó la ineficacia como funcional y la distinguió de la que comporta la acción pauliana, que sólo beneficia a la persona que la ha ejercitado⁵⁷. Igualmente, en el fallo 93/2017, de 15 de febrero, afirmó que la desestimación de la resolución concursal tenía carácter absoluto e indivisible, de modo que afectaba a todos los acreedores, pese a que sólo una parte de los bancos impugnó la sentencia de primera instancia que estimó la acción.

La consecuencia más significativa de la ineficacia es la restitución de las prestaciones derivadas de la operación afectada⁵⁸. La ley se refiere a dos de ellas. El

57. «Esta distinción tiene gran relevancia, pues la rescisión concursal no determina una ineficacia relativa del acto impugnado, sino total, con el consiguiente efecto de restitución a la masa de los bienes o derechos objeto del acto de disposición impugnado. Sólo si los bienes no pueden restituirse, el art. 73.2 LC impone a la contraparte, destinatario de los bienes objeto de disposición, la restitución por equivalente ...»

58. Al respecto LEÓN, «Los efectos de la rescisión», cit., pp. 471 ss. En cuanto a la restitución de efectos cambiarios, STS 341/2015, de 25 de junio. Por otra parte, interesa subrayar que la jurisprudencia considera que se

apartado segundo contempla los contratos con obligaciones recíprocas: el concursado y su contraparte deberán restituirse las prestaciones que se hicieron, además de los frutos e intereses⁵⁹. El apartado tercero se refiere a los actos unilaterales y ordena la reintegración de su objeto a la masa activa. No hay una restitución recíproca de las prestaciones, sino simplemente la devolución del bien o derecho objeto del acto impugnado al patrimonio del concursado⁶⁰. En caso de que la restitución afecte al crédito de la contraparte, se le considerará crédito concursal, se le otorgará la calificación que corresponda y se incluirá dentro de la lista de acreedores.

El apartado cuarto del art. 235 complementa los dos anteriores al disciplinar los casos en que no es posible reintegrar el objeto del acto impugnado en la masa activa. Se refiere a las hipótesis más habituales e importantes de imposibilidad de reintegración: no se ha demandado al propietario del bien, tercero de buena fe, irrevindicabilidad y protección registral; pero la misma conclusión debe defenderse para todas las demás. En estos casos, la contraparte deberá entregar el valor que el bien o derecho del concursado tuviera cuando salió del patrimonio del último, añadiéndose el interés legal. Merece recordarse que también cabe ejercitar la acción concursal contra los terceros que hubieran adquirido el bien o derecho objeto de la acción impugnada a efectos de conseguir su reintegración en la masa activa. La administración concursal y los acreedores interesados deberán tener muy en cuenta esta posibilidad, sobre todo si ha aumentado de valor desde el momento en que salió del patrimonio del concursado; pero también deberán valorar su prosperabilidad, pues es posible que el bien o derecho sea irrevindicable si el ordenamiento protege a su titular actual.

Así las cosas, la persona que ejercite la acción de rescisión concursal deberá prestar gran atención al acto impugnado, no sólo porque los efectos de su acción pueden variar sino porque la falta de precisión en su delimitación puede comportar que la acción no prospere. Por ejemplo, la impugnación de la constitución de un préstamo hipotecario no afecta a la ejecución de esta garantía, con lo que la contraparte del deudor no será el adjudicatario sino el prestamista⁶¹. Igualmente, no es lo mismo impugnar un contrato de préstamo garanti-

produce *ex lege*, sin que sea necesario que lo solicite la persona que ejercita la acción rescisoria concursal. Así, STS 654/2016, de 4 de noviembre.

59. En cuanto a los frutos e intereses, LEÓN («Los efectos de la rescisión», cit., pp. 476 ss.) denuncia la insuficiencia de la legislación concursal y reclama la aplicación del régimen del enriquecimiento sin causa, de modo que la masa activa debe recuperar todo aquello que hubiera tenido si el bien no hubiera salido nunca del patrimonio del concursado. Por ejemplo, defiende la aplicación de esta regla a la compensación de los gastos soportados por la contraparte que debe restituir el bien con sus frutos e intereses.

60. STS 654/2016, de 4 de noviembre.

61. STS 169/2014, de 18 de abril.

zado con una hipoteca que ejercitar la acción sólo contra la constitución de esa garantía real. En el primer caso, toda la operación será ineficaz, con lo que la administración concursal deberá restituir a la contraparte la cantidad que recibió, pero no existirá ni el préstamo ni la hipoteca, cuya inscripción registral deberá cancelarse. En cambio, en el segundo caso la garantía desaparece, con lo que el bien o derecho que tenía por objeto debe reintegrarse al patrimonio del concursado. Pero el crédito que garantizaba sigue existiendo, tendrá carácter concursal y deberá establecerse la calificación que le corresponda —lo más probable es que sea ordinario: difícilmente podrá considerarse como privilegiado dado que la garantía real ha desaparecido⁶².

Ahora bien, la delimitación precisa del acto que perjudica la masa activa puede ser difícil. El Texto Refundido de la Ley Concursal no ofrece mayor ayuda; simplemente distingue los contratos bilaterales sinalagmáticos de los actos unilaterales. Tampoco encontramos criterio alguno en la jurisprudencia. A nuestro modesto entender, en caso de que se trate de una operación compleja, habrá que ver si los actos de que se compone son independientes entre sí, prestando atención tanto a su naturaleza jurídica como a la posibilidad de pervivencia en caso de que alguno resulte ineficaz. La jurisprudencia nos ofrece ejemplos valiosos. Uno es una transmisión de bienes que se enmarca en una escisión societaria. En la sentencia 682/2016, de 21 de noviembre, la máxima autoridad judicial española negó que pudiera atacarse aquélla independientemente de ésta al no constituir un acto distinto de la modificación estructural. Consecuentemente, debía haberse ejercitado la acción rescisoria concursal contra la escisión y no sólo contra la transmisión del bien. Sin embargo, en la sentencia 428/2014, de 24 de julio, el Tribunal Supremo escindió el acuerdo de distribución de dividendos del pago correspondiente. Como el primero se había celebrado antes del periodo sospechoso, debía considerarse legítimo a efectos de la acción rescisoria concursal. La consecuencia era que el pago se presumía lícito. Sin embargo, el Tribunal Supremo entendió que cabía romper esa presunción porque los socios que recibieron los pagos estaban estrechamente vinculados al deudor y el pago se produjo cuando la economía de éste ya se encontraba en situación precaria.

Otro supuesto frecuente en la práctica es la constitución de una garantía real para proteger un crédito existente. Los tribunales españoles consideran que se trata de un acto unilateral con lo que su ineficacia consiste en la extinción de la garantía, la cancelación de su inscripción registral y la restitución del bien o

62. MORALES, «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)», cit., p. 29/32.

derecho que tenía por objeto⁶³. El problema se plantea cuando la garantía ha sido realizada y no es posible restituir su objeto. En ese caso, la solución no consiste en cancelar la hipoteca sino en devolver el valor del bien o derecho en cuestión al patrimonio del concursado. En dos sentencias de 19 de julio de 2018, el Tribunal Supremo afirmó que debía estarse al precio de adjudicación, resultando irrelevante que no coincidiera con el valor de tasación⁶⁴. También genera dudas la calificación del crédito tutelado por la garantía extinta. Al no haber sido impugnado ni afectado directamente por la rescisión, tendrá la consideración de crédito concursal —pues se originó antes de la declaración de concurso— y deberá otorgársele la calificación que proceda⁶⁵. Otro problema es la situación en que se halla el crédito originario; por ejemplo, cuando el acto impugnado fue la sustitución de una garantía (más débil) por otra (más fuerte). Si la constitución de la última perjudicó la masa activa, debe considerarse ineficaz; pero su ineficacia no alcanza a la garantía originaria⁶⁶.

Por último, el apartado quinto del artículo 235 establece una consecuencia particular para el caso de que la contraparte del deudor hubiera actuado de mala fe. Le obliga a resarcir los daños y perjuicios que causó a la masa activa. La administración concursal debe tener bien presente esta norma, pues el montante de esa indemnización pasará a formar parte de la masa activa y permitirá aumentar la satisfacción de los intereses de los acreedores. Su aplicación plantea diversas dudas, entre las que comentamos tres. La primera es el significado de la mala fe, discutiendo la doctrina acerca de la suficiencia de probar que el concursado era consciente de generar un perjuicio a la masa activa⁶⁷. Afortunadamente el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esa cuestión aportando algo de luz⁶⁸. Exige que concurren dos requisitos, el primero de los cuales tiene naturaleza subjetiva y es la conciencia de que el acto impugnado podía afectar negativamente a los acreedores. Ahora bien, niega que sea necesaria la voluntad de causarles un daño. El segundo requisito es que el acto

63. SSTs 173/2014, de 9 de abril y 143/2015, de 26 de marzo. En cambio, el Tribunal Supremo niega la condición unilateral del acto en la sentencia 654/2016, de 4 de noviembre, porque se había sustituido una garantía más débil (reserva de dominio) por otra más fuerte (hipoteca).

64. RJ/2018/4405 y STS 470/2018, de 19 de julio (RJ/2018/3345).

65. Además de las sentencias citadas en la nota 71, véase la STS 100/2014, de 30 de abril, en relación con la constitución de una garantía coetánea intragrupo.

66. STS 654/2016, de 4 de noviembre.

67. A favor, GARCÍA-CRUCES, «Acción rescisoria concursal y mala fe de la parte 'in bonis'», cit., p. 27/35 y ARIAS, «La masa activa del concurso», cit., 323; en contra, LEÓN, «Los efectos de la rescisión», cit., p. 487, quien argumenta el carácter excepcional y sancionador de la norma.

68. SSTs 580/2010, de 16 de septiembre; 662/2010, de 27 de octubre; 723/2012, de 7 de diciembre; 211/2016, de 5 de abril; 269/2016, de 22 de abril, si bien *obiter dictum*, y 206/2017, de 30 de marzo.

impugnado sea contrario a la ética del tráfico jurídico, lo que deja un gran margen de discrecionalidad a los tribunales y perjudica la seguridad jurídica⁶⁹.

La segunda duda es si cabe extender la misma regla a los terceros que adquirieron los bienes o derechos de la contraparte. La Ley se refiere exclusivamente a «quien contrató con el deudor», con lo que podría argumentarse que el apartado quinto no se aplica a terceros. Más aún, si tenemos en cuenta que son ajenos al procedimiento concursal —la contraparte del deudor no, si se ha ejercitado la acción rescisoria concursal—. Sin embargo, existen razones para mantener que también puede aplicárseles la misma norma por analogía. La primera es la finalidad de la legislación concursal: la indemnización que se obtuviera repararía los perjuicios infringidos a la masa activa y permitiría incrementar la satisfacción de los intereses de los acreedores. En segundo término, razones de justicia también justifican que se permita exigir a terceros la compensación de los daños causados a la masa activa. Aunque no contrataran directamente con el deudor, si convinieron con la contraparte la realización del acto impugnado conociendo que podrían causarse daños al deudor y a sus acreedores, no existe motivo para limitar la acción de daños y perjuicios a la contraparte. Y tercero, se desincentiva el *animus nocendi*.

La tercera cuestión es si la mala fe incide en las consecuencias propias de la acción rescisoria concursal y de ella se ha ocupado la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 de Zaragoza, de 20 de febrero de 2024. En el fundamento jurídico cuarto, se establece con claridad que la rescisión produce la ineficacia del acto impugnado, lo que comporta la obligación de restituir las prestaciones con sus correspondientes frutos e intereses. De esta manera, se refuerza el objetivo primario del concurso de acreedores, que es la protección de la masa activa y, por ende, la satisfacción de los créditos en condiciones de equidad.

En este contexto, el órgano judicial analiza el carácter rescindible del acto de disposición en cuestión, dado que se trata de un acto oneroso realizado en favor de personas especialmente relacionadas con la concursada, conforme a lo dispuesto en el artículo 226 del TRLC. Afirma que esa relación entre la concursada y el beneficiario implica una distorsión de la *par condicio creditorum*, pues la operación impugnada redujo las posibilidades de cobro del resto de los acreedores. De ahí que declare la rescisión del acto oneroso y ordene la restitución de las prestaciones.

69. En la STS 662/2010, de 27 de octubre, la operación contraria a la ética empresarial consistió en la combinación de una compraventa de inmuebles a un precio inferior a su valor de mercado con una ampliación de capital de la compradora a efectos de integrar en su accionariado al administrador y socio único de la vendedora concursada.

En cuanto a las implicaciones prácticas de este fallo, confirma la necesidad de seguir perfeccionando las herramientas legales existentes a fin de proteger efectivamente los intereses de los acreedores concursales. Aunque el legislador ha avanzado en esta dirección en materia de reintegración concursal, hay margen para incrementar la tutela de los acreedores respecto de los abusos que pueden cometer las personas estrechamente relacionadas con el concursado que se benefician de sus actos de disposición. Debería valorarse la posibilidad de introducir presunciones absolutas de perjuicio al respecto, así como una ampliación del plazo del periodo sospechoso para reforzar el principio de equidad en el concurso.

Por último, destacar que la ley solamente toma en consideración la mala fe de la contraparte. Ningún papel juega en este ámbito la del concursado. Sí puede tener gran trascendencia en la pieza de calificación del concurso, pues puede contribuir a que se considere culpable y a que el juez imponga las consecuencias correspondientes⁷⁰.

3.2. Derecho a la contraprestación

El éxito de la acción rescisoria concursal comporta la ineficacia del acto impugnado y la obligación de las partes de restituirse las prestaciones. Ahora bien, la insolvencia del deudor genera dudas sobre qué va a recuperar la contraparte, y cómo y cuándo va a hacerlo. De ahí que el artículo 236 del TRLC se ocupe de este tema. Su apartado primero dispone que, en el caso de los contratos con obligaciones recíprocas, la contraparte tiene derecho a recibir lo que entregó en su día al deudor en virtud del acto rescindido, más sus frutos e intereses. A fin de tutelar a la primera, se otorga a su derecho la condición de crédito contra la masa y se añade que debe satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido. Una parte de la doctrina ha criticado esta solución porque lesiona el principio de paridad de trato, lo cual parece cierto porque el negocio ineficaz se perfeccionó antes de la declaración de concurso y se acostumbran a identificar los créditos contra la masa como aquéllos generados por el procedimiento concursal⁷¹. No obstan-

70. Al respecto nos remitimos a MAGDALENA CÁMARA, M., «Estudios sobre la actualidad jurídica y jurisprudencial de la pieza de calificación en un procedimiento de insolvencia», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 2024. En cuanto a la jurisprudencia, en la STS 269/2016, de 22 de abril se relacionan y distinguen la acción rescisoria concursal y la calificación del concurso. Véase el comentario de MELERO BOSCH, L.V., «Acción rescisoria concursal y salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor como causa de culpabilidad del concurso. A propósito de la STS núm. 269/2016, de 22 de abril», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 27, 2017, quien acertadamente subraya que no es igual la mala fe de la contraparte que la del concursado a efectos de calificación del concurso.

71. LEÓN, «Los efectos de la rescisión», cit., pp. 470 y 483.

te, hay que tener en cuenta que se está privando a la contraparte de un bien o derecho que adquirió lícitamente simplemente porque el legislador ha considerado —con razón— que debe primar el interés colectivo de los acreedores concursales.

Como la satisfacción de este crédito contra la masa tiene lugar «simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido», se plantea la duda de si cabe la compensación. Piensen por ejemplo, en la hipótesis de imposibilidad de restituir los bienes o derechos transmitidos por el deudor porque han sido adquiridos por un tercero de buena fe. Una opinión autorizada ha respondido afirmativamente, lo que nos parece acertado dado que la contraparte tiene un crédito contra la masa y no concursal⁷².

La solución es diferente en el caso de los actos unilaterales. El apartado segundo del artículo 236 dispone que el crédito que, en su caso, resulte a favor de la contraparte tendrá la consideración de concursal y deberá clasificarse conforme a las normas generales correspondientes (arts. 269 ss del TRLC). La norma está pensada para los casos en que la rescisión afecta a un determinado acto que «complementaba», en cierto modo, a un crédito concursal; por ejemplo, la constitución de una garantía en favor suyo o su satisfacción antes de que fuera exigible. La estimación de la acción comporta la ineficacia del acto impugnado, en nuestro ejemplo la garantía o el pago, pero deja incólume el crédito de la contraparte, que no trae causa del incidente concursal sino que era anterior a la declaración de concurso. De ahí la necesidad de calificación y posterior inclusión dentro de la lista de acreedores.

Por último, la mala fe de la contraparte determina que su posible crédito pase a tener la consideración de subordinado (art. 236.3 del TRLC)⁷³. Por lo tanto, no sólo podrá ser obligada a compensar los daños que haya causado a la masa activa, sino que se reducen en gran medida las posibilidades de cobro. Y si, además, es considerada «cómplice» en caso de calificación del concurso como culpable, deberá pechar con las consecuencias correspondientes.

72. LEÓN, «Los efectos de la rescisión», cit., p. 484.

73. En la sentencia 723/2012, de 7 de diciembre, el Tribunal Supremo revoca la resolución apelada porque matizó el alcance de la subordinación de una parte del crédito impugnado. La máxima autoridad judicial española explica que «... una vez apreciada la mala fe de la contraparte, debe operar la sanción que supone la subordinación de su crédito, sin que pueda mitigarse este efecto aplicándolo sólo a una parte del crédito.»

4. Aspectos procesales

4.1. Legitimación activa

El Texto Refundido de Ley Concursal también disciplina los aspectos procesales de la acción rescisoria concursal⁷⁴. Por razones de espacio, ceñimos el comentario a sólo algunas de las cuestiones que se suscitan. La primera afecta a la legitimación activa. El artículo 231 la otorga a la administración concursal; pero el art. 232 también permite que acreedores concursales ejerciten la acción. Ahora bien, sólo estarán legitimados los que hayan pedido previamente a aquélla que impugnara determinados actos, identificándolos concretamente y especificando el fundamento de la rescisión. Si la administración concursal no accede a su solicitud en el plazo de dos meses, contando desde la fecha de recepción del requerimiento, esos acreedores —y sólo ellos— pueden ejercer la acción rescisoria concursal, lo que no impedirá que también sea ejercitada por aquélla, en cuyo caso el juez del concurso acumulará las dos impugnaciones⁷⁵. Interesa subrayar que los acreedores que impugnen un acto corren con los gastos y costes consecuentes. Sólo si tienen éxito, aunque sea parcial, tendrán derecho a ser reembolsados a cargo de la masa activa; eso sí, hasta el máximo de lo obtenido con su actuación.

La duda que genera el ejercicio de la acción rescisoria concursal por los acreedores concursales es cómo repercute en la responsabilidad de la administración concursal; en otras palabras, si puede considerarse como una dejación de funciones o negligencia, pues es ésta quien debe velar por la maximización de la masa activa a fin de conseguir que la satisfacción de los intereses de los acreedores sea lo mayor posible⁷⁶. El Tribunal Supremo se enfrentó a ese problema en la sentencia 669/2013, de 11 de noviembre y respondió negativamente, aunque no excluyó la posible responsabilidad del administrador concursal de forma definitiva. Argumentó que la ley no le imponía la obligación de ejercitar la acción rescisoria concursal. Ahora bien, ni este hecho ni la atribución de legitimación subsidiaria a los acreedores concursales le liberaba de responsabilidad si habían obrado negligentemente. Por lo tanto, la clave reside en la calificación de su actividad. Si no ha empleado la diligencia necesaria, responderá de los daños que haya producido la falta de ejercicio de la acción

74. Al respecto, HUELMO REGUEIRO, J., *La acción rescisoria concursal*, Bosch, Barcelona, 2016.

75. Bajo la vigencia de la Ley Concursal, una parte de doctrina negaba que fuera posible la acumulación de acciones. Por ejemplo, VERDUGO GARCÍA, J. y GARCÍA CASTRO, P., «Acciones de reintegración y legitimación activa: el 'trasvase' de la acción al acreedor y otros problemas prácticos», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 30, 2019, pp. 3 s./14.

76. En realidad, son múltiples las cuestiones que plantea la legitimación activa de los acreedores. Al respecto, VERDUGO y GARCÍA, obra citada.

rescisoria concursal. Al valorarlo deviene esencial la información de que disponga, a cuyos efectos procede recordar que los acreedores que le insten a impugnar una operación no sólo deberán concretar el acto de que se trate sino también indicar su fundamento.

La restricción de la legitimación activa para ejercitar la acción rescisoria concursal contrasta con la amplitud que existe para impugnar la lista de acreedores (art. 297 del TRLC), lo que puede inducir a intentar subterfugios ilegales⁷⁷. Así lo denunció el Tribunal Supremo en la sentencia 197/2020, de 26 de mayo: criticó a los demandantes por impugnar la lista de acreedores cuando lo que querían conseguir era la ineficacia de un negocio realizado por el deudor durante el período sospechoso. Desestimó su demanda pues debían haber ejercitado la acción rescisoria concursal. Para terminar, simplemente recordar que existen previsiones especiales para las microempresas (art. 695).

4.2. Legitimación pasiva

El primer apartado del art. 232 imputa la legitimación pasiva al concursado y a las personas que fueron sus partes en el acto impugnado. Por lo tanto, la demanda deberá dirigirse contra todas ellas, debiendo ser desestimada si falta alguna⁷⁸. Mayor interés tiene el apartado segundo que contempla la posibilidad de demandar a los terceros que hubieran adquirido el bien o derecho objeto del negocio que desea recuperarse y que sean sus propietarios. El ejemplo típico sería el comprador del inmueble que había pertenecido originalmente al concursado, que durante el período sospechoso había sido enajenado por primera vez y que posteriormente el comprador en esa primera operación había vendido al tercero. Pero también es tercero la entidad de crédito que tiene un derecho de garantía real sobre un inmueble que el concursado vendió a un tercero durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, cuando la administración concursal no sólo impugna la compraventa sino también la constitución de gravámenes posteriores a favor de la misma entidad de crédito⁷⁹.

Dos cuestiones íntimamente conectadas merecen atención. La primera es la necesidad de demandar a esos terceros, en el sentido que deberá desestimarse la

77. ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, en A. Alonso Ureba, J. Pulgar Ezquerro y R. García Villaverde (Dirs.), Dilex, Madrid, 2003, p. 340.

78. HERRERO PEREZAGUA, J.F., «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración» en *La reintegración en el concurso de acreedores*, J.A. García-Cruces González (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 178.

79. Véase la STS 495/2015, de 15 de septiembre, en la que se declaró la vulneración del art. 72.2 de la Ley Concursal (actual 233.2 del TRLC) porque no se había demandado también a la entidad de crédito.

acción si no se ejercita también contra ellos. La respuesta es negativa pues la propia literalidad del precepto explicita que la legitimación pasiva de esas personas tiene por finalidad recuperar el bien o derecho que han adquirido y se halla en su poder⁸⁰. Pero esta pretensión no tiene por qué ser relevante; es decir, no tiene por qué incluirse en la demanda. Cabe recordar que si los bienes o derechos ya no están en poder de la contraparte, el apartado cuarto del art. 235 le condena a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del concursado, además del interés legal. Por lo tanto, la estimación de la acción rescisoria concursal permitirá recuperar el valor del bien o derecho objeto de la operación impugnada, aunque no se demande al tercero que los tiene en su poder. Por otra parte, incluso si se ejercita la acción frente a este último, no se producirá la reintegración en el patrimonio del concursado si el bien o derecho era irreivindicable porque prima la protección del propietario actual (por ejemplo, tutela registral). De ahí que el Tribunal Supremo haya negado el litisconsorcio pasivo necesario (sentencias 169/2014, de 8 de abril y 173/2014, de 9 de abril).

La respuesta a la cuestión anterior podría llevar a pensar que la administración concursal está libre de responsabilidad cuando no demanda a los terceros propietarios del objeto del acto impugnado. No es así. Dada la finalidad del concurso y la obligación de diligencia y lealtad que pesa sobre aquella, habrá que diseccionar las circunstancias del caso y determinar si convenía a los intereses de los acreedores recuperar el bien o derecho en cuestión. Así será, por ejemplo, si se ha revalorizado enormemente desde que salió del patrimonio del deudor; tanto que resulta significativa la diferencia existente con la cantidad que deberá pagar la contraparte del concursado, y era factible su recuperación. En esas condiciones, podría reputarse negligente no demandar también al propietario actual del bien o derecho para intentar recuperarlo, siempre que sus intereses no primen sobre los del concurso.

Por último, señalar que puede generar dudas la calificación de una persona como contraparte o tercero; por ejemplo, en el caso de la venta del bien o derecho objeto del acto impugnado en subasta pública. En la sentencia 169/2014, de 8 de abril, el Tribunal Supremo consideró al adquirente tercero y no contraparte; pero puede ser difícil extender esa solución a supuestos fácticos diferentes del de la resolución. La razón es que, en ese supuesto, la ineficacia afectaba al préstamo hipotecario pero no alcanzaba a la ejecución de la garantía real. La solución depende del objeto de la acción: no es lo mismo que se impugne simplemente el acto que generó la subasta a que se pretenda también la rescisión de ésta, aunque será difícil que la última constituya el negocio que perjudicó la masa activa.

80. HUELMO, obra citada, pp. 334 ss.

4.3. Plazo para ejercitar la acción rescisoria concursal

Las acciones rescisorias se tramitarán por el cauce del incidente concursal, en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal (art. 535 del TRLC), siendo el juez del concurso el único competente para conocer de ellas (art. 234 del TRLC)⁸¹. En cuanto a las consecuencias de su ejercicio, cabe recordar que los incidentes concursales no suspenden el procedimiento, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte (art. 533 del TRLC). Durante el procedimiento, las partes podrán solicitar la celebración de una vista (art. 540.2 del TRLC). Una vez terminado el juicio, el juez dictará sentencia en el plazo de diez días resolviendo el incidente; sentencia que podrá ser apelada, teniendo carácter preferente la tramitación y resolución de este recurso (art. 237 del TRLC)⁸².

De las diferentes cuestiones que suscita la dimensión procesal de la rescisión concursal traemos a colación dos. La primera es el plazo para ejercitar la acción. Como el Texto Refundido de la Ley Concursal carece de previsión alguna, podría pensarse que deviene aplicable supletoriamente el art. 1299 del Código civil, de modo que el término sería de cuatro años⁸³. No es así: el lapso viene determinado por la duración del concurso, pues carece de sentido ejercitar la acción fuera del mismo. El Tribunal Supremo ha mantenido esta tesis, argu-

81. ARIAS, «La masa activa del concurso», cit., p. 325.

82. El art. 237 del TRLC limita la legitimación para plantear el recurso de apelación a las partes del proceso, con lo que surge la duda de si estarían legitimados los acreedores que instaron a la administración concursal el ejercicio de la acción. El Tribunal Supremo se pronunció al respecto en la sentencia 657/2017, de 1 de diciembre, en la que afirmó que sí lo estaban los coadyuvantes de la administración concursal en el incidente de reintegración, aunque el recurso interpuesto por ésta no fuera admitido por no haberse constituido el recurso para recurrir. Sin embargo, la aceptación de esta solución resulta discutible a la luz de la nueva redacción del art. 237 del TRLC pues, tras la reforma de 2022, ciñe la capacidad para recurrir a quienes hubieren sido parte en el incidente. El legislador de este modo al no contemplar la posición de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera, de nuevo obvia y limita los derechos de la masa crediticia, su capacidad de actuación, y reduce las alternativas que pudieran acometerse con el fin de recuperar sus créditos.

Es imperativo recordar que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 13, establece en su primer apartado que, durante la tramitación de un proceso, puede ser admitido como parte demandante o demandada cualquier persona que demuestre poseer un interés legítimo y directo en el resultado del litigio. Así, se permite la inclusión de nuevos sujetos en el proceso y se garantiza que quienes tienen un interés relevante en el pleito puedan participar activamente, lo que contribuye a una resolución más justa y adecuada del conflicto. Por tanto, es difícil compartir la postura del legislador respecto a este extremo. Tan sólo sería posible comprenderlo desde la perspectiva de que exista una intención por parte del legislador de perseverar en la limitación y acceso a la impugnación a otros acreedores con el fin de evitar un abuso de derecho, por economía procesal. Pero tampoco se justifica así su decisión porque, cualquier acreedor que decida intervenir, lo hará siempre en base a unos presupuestos legítimos y en defensa de sus intereses.

83. HERRERO, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., p. 184.

mentado que la seguridad que persigue el precepto civil referido se consigue constriñendo la impugnación rescisoria concursal al procedimiento judicial⁸⁴.

La segunda cuestión es si puede ejercitarse la acción que nos ocupa cuando se reabre el concurso. El Tribunal Supremo ha respondido afirmativamente en la sentencia 56/2024, de 17 de enero, confirmando la decisión tanto de la primera instancia como de la apelación⁸⁵. Primero, las acciones de reintegración afectan a actos de disposición realizados por el deudor concursado antes de la declaración de concurso, resultando irrelevante cuando se ejerciten, siempre que sea durante el procedimiento concursal. Segundo, es intrascendente que no se hubiere dicho nada en el inventario que se adjunta con el informe ni en el informe que justifica la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa⁸⁶. Y tercero, quien instó la reapertura del concurso para que se ejercitasen las acciones de reintegración fue un acreedor y no la administración concursal. Este hecho no impidió que fuera ésta la legitimada para ejercitar las acciones: «...reabierto el concurso por el trámite del art. 179.3 LC, a instancia de un acreedor para que se ejerciten unas determinadas acciones de reintegración, el administrador concursal está legitimado para formular las demandas, y no deja de estarlo por el hecho de que en otro tiempo, pudiendo ejercitar esas determinadas acciones, no lo hubiera hecho.»

A pesar de que hubiéramos deseado una mayor carga argumentativa, consideramos que este fallo es relevante al despejar la incógnita existente. Esencial-

84. En la sentencia 169/2014, de 8 de abril, afirma: «Pero esta aplicación analógica del plazo de caducidad del art. 1299 CC no procede respecto de la acción de ineficacia del art. 878.II Ccom, porque si bien tiene naturaleza rescisoria, la identidad de razón viene alterada por el carácter estrictamente concursal de la acción, que nace con la quiebra y se extingue con la quiebra, esto es, sólo se puede ejercitar durante la quiebra. Con ello se cumple la necesaria seguridad jurídica de que sólo mientras esté abierta la quiebra podrá ejercitarse la acción. Este carácter concursal altera la identidad de razón que podría haber justificado, como en otros casos, la aplicación analógica del plazo de caducidad del art. 1299 CC, pues en realidad, en el caso de la acción del art. 878.II Ccom, como ocurre con la actual rescisión concursal, el tiempo para su ejercicio viene determinado por la vigencia del procedimiento concursal, que integra la ausencia de una previsión específica sobre el plazo de caducidad de la acción». También SSTs 169/2014, de 8 de abril y 173/2014, de 9 de abril, así como SAP A Coruña 207/2024 de 8 de abril. Sin embargo, respecto de los supuestos de cesión de la acción rescisoria concursal y terminación del concurso, véase GARCÍA-CRUCES, «Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores», cit., p. 44.

Vale la pena traer a colación la SJM 13 Madrid 2/2024, de 17 de enero, en la que se explica que la acción rescisoria concursal nace con la declaración de concurso —concretamente cuando la administración concursal acepta el cargo— y muere con su conclusión. De ahí que afirme que, mientras que el concurso esté activo, la administración concursal está plenamente legitimada para ejercitar dicha acción al amparo del art. 231 TRLC. En el mismo sentido, SAP Madrid 483/2023, de 30 de junio.

85. Véase la nota 50.

86. «La manifestación contenida en la solicitud de conclusión del concurso de la inexistencia de acciones viables de reintegración, si bien constituye un presupuesto para que pueda acordarse la conclusión del concurso no impide que pueda más tarde reabrirse el concurso (dentro del año siguiente) para ejercitar acciones de reintegración que la administración concursal no entendió inicialmente procedente ejercitar». Pero la alta autoridad judicial española no justifica por qué no impide que pueda reabrirse el concurso.

mente, el Tribunal Supremo ofrece un nuevo marco temporal para que la administración concursal pueda proceder diligentemente a ejercitar la acción rescisoria concursal. Confirma que puede hacerlo durante la reapertura del concurso, incluso cuando no hubiera impugnado el acto en cuestión con anterioridad, o sea durante el transcurso del procedimiento. La falta de ejercicio carece de efecto preclusivo.

5. Referencias bibliográficas

- ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, en A. Alonso Ureba, J. Pulgar Ezquerro y R. García Villaverde (Dirs.), Dilex, Madrid, 2003, pp. 325-356.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G., «El procedimiento especial para microempresas en el Texto Refundido de la Ley Concursal», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 329, 2003, 32 páginas.
- ARIAS VARONA, F.J., «La masa activa del concurso», *Manual de derecho concursal*, J. Pulgar Ezquerro, A. Gutiérrez Gilsanz, F.J. Arias Varona y J. Megías López (dir.), La Ley, Madrid, 2020, pp. 291-314.
- ÁVILA DE LA TORRE, A., «Las presunciones relativas de perjuicio (I): impugnación de los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado», en *La reintegración en el concurso de acreedores*, J.A. García-Cruces González (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 89-110.
- CERDÁ ALBERO, F., «La irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis de la Ley Concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 22, 2015, 17 páginas.
- DE TORRES PEREA, J.M., «La falta de correspondencia entre prestaciones y perjuicio ex art. 71.1 de la Ley Concursal: estudio jurisprudencial y análisis crítico», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 26, 2017, 25 páginas.
- DE VIVERO DE PORRAS, C., «Las acciones de reintegración», en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, A.B. Campuzano Laguillo y E. Sanjuán y Muñoz (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 500-539.
- ESCRIBANO GÁMIR, M.C., «El perjuicio como elemento determinante de la acción rescisoria concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 30, 2018, 21 páginas.
- ETXARANDIO HERRERA, E.J., «Efectos sobre los actos perjudiciales para la masa (la reintegración de la masa)» en *Manual de Derecho concursal*, E.J. Etxarandio Herrera, 2.ª ed., La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores», en *La reintegración en el concurso*

- de acreedores, J.A. García-Cruces González (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 27-58.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. «Acción rescisoria concursal y mala fe de la parte 'in bonis'», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 2011, 35 páginas.
- GIRGADO PERANDONES, P., «La acción rescisoria concursal frente a las garantías intragrupo», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 43, 2017, pp. 89-112.
- GIRGADO PERANDONES, P., «Existencia de un grupo de sociedades, garantías intragrupo y acción rescisoria concursal. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 135)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 48, 2019, pp. 339-353.
- HERNÁNDEZ ALFARO, M.Á., «La rescisión concursal de las modificaciones estructurales traslativas. A propósito de la STS de 16 de noviembre de 2016», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 27, 2017, 16 páginas.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración» en *La reintegración en el concurso de acreedores*, J.A. García-Cruces González (Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 163-194.
- HUELMO REGUEIRO, J., *La acción rescisoria concursal*, Bosch, Barcelona, 2016.
- LEÓN SANZ, F., «La finalidad y la estructura de la acción rescisoria. Parte I: evolución histórico-comparada», en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde. Tomo III*, Marcial Pons, Madrid et al., 2007, pp. 1905-1949.
- LEÓN SANZ, F., «Los efectos de la rescisión», en *Liber amicorum prof. José María Gondra Romero*, L. Fernández de la Gándara, J.M. Embid Irujo, A. Recalde Castells y F. León Sanz (eds.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 465-491.
- MAGDALENA CÁMARA, M., «Estudios sobre la actualidad jurídica y jurisprudencial de la pieza de calificación en un procedimiento de insolvencia», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 2024, pp. 39-64.
- MELERO BOSCH, L.V., «Acción rescisoria concursal y salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor como causa de culpabilidad del concurso. A propósito de la STS núm. 269/2016, de 22 de abril», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 27, 2017, 13 páginas.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 19, 2009, 32 páginas.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Las presunciones relativas de perjuicio (II): la impugnación de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas», en *La reintegración en el concurso de acreedores*, J.A. García-Cruces González (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 111-146.
- MUÑOZ PAREDES, A., «Acciones de reintegración o rescisorias», en *Protocolo concursal*, Aranzadi, 2017.
- PARRA LUCÁN, M.Á., «El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso», en *La reintegración en el con-*

- curso de acreedores*, J.A. García-Cruces González (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 223-269.
- QUINTANA CARLO, I., «Las exclusiones legales de rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa», en *La reintegración en el concurso de acreedores*, J.A. García-Cruces González (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 147-162.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa», en *La reintegración en el concurso de acreedores*, J.A. García-Cruces González (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 59-89.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Los problemas de la armonización de la legislación concursal española», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 328, 2023.
- SALINAS ADELANTADO, C., «Remedios alternativos a la acción rescisoria en la escisión relacionada con un concurso de acreedores», en *Derecho preconcursal y concursal de sociedades mercantiles de capital*, Andrés Gutiérrez Gilsanz (dir.), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 297 — 321.
- SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- SANCHO GARGALLO, I., «La protección de los planes de reestructuración homologados frente a la rescisión concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. extra 58, 2023.
- SANCHO GARGALLO, I., «Reflexiones sobre la armonización de las acciones de reintegración», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 62, 2024.
- SATRÚSTEGUI MENCHACA, B. y FONTÁN GARCÍA-ORMAECHEA, A., «Rescisión concursal de las garantías intragrupo», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 26, 2016, 18 páginas.
- VERDUGO GARCÍA, J. y GARCÍA CASTRO, P., «Acciones de reintegración y legitimación activa: el ‘trasvase’ de la acción al acreedor y otros problemas prácticos», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 30, 2019, 14 páginas.

IX | Mujeres extranjeras en prisión. Una revisión de la normativa nacional, europea e internacional

Noemí Hernández Jiménez ¹
Doctoranda en Derecho Procesal
Universitat Autònoma de Barcelona.
Becaria de la Fundación Manuel Serra Domínguez.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NORMATIVA INTERNACIONAL. 2.1. REGLAS MÍNIMAS POR EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS (1955). 2.2 REGLAS DE NACIONES UNIDAS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS INTERNAS Y MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD PARA LAS MUJERES DELINCUENTES (REGLAS BANGKOK). 3. NORMATIVA EUROPEA. 3.1. REGLAS PENITENCIARIAS EUROPEAS. 3.2. RESOLUCIÓN SOBRE LA SITUACIÓN ESPECIAL DE LAS MUJERES EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS Y LAS REPERCUSIONES DEL ENCARCELAMIENTO DE LOS PADRES SOBRE LA VIDA SOCIAL Y FAMILIAR (2007/2116 (INI)). 3.3. RECOMENDACIÓN CM/REC (2012)12 RELATIVA A LOS PRESOS EXTRANJEROS. 4. NORMATIVA ESTATAL. 4.1. LA LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA (LOGP). 4.2. REGLAMENTO PENITENCIARIO (RP). 4.3. CÓDIGO PENAL. 4.4. OTRA LEGISLACIÓN A TENER EN CUENTA. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

Las personas extranjeras que se encuentran reclusas en establecimientos penitenciarios españoles conforman el 26,4% de la población penitenciaria. Conforme a los datos más recientes, del total de 45.963 personas internas en centros penitenciarios españoles, 12.125 son extranjeras. En cuanto a las mu-

1. Me siento tremendamente afortunada por haber tenido el gran privilegio de ser alumna del profesor Cachón, por desgracia para las generaciones venideras se jubila. Dicen que es el profesor el que hace que los alumnos amen la materia, pues aquí me encuentro, años después de mi primera clase de Derecho Procesal, realizando una tesis doctoral sobre el proceso penal. Fue el profesor Cachón el que me hizo conocer los sin sudores de un embargo de ovejas y entre anécdotas no solo aprendí sino que sembró en mí el amor por el Derecho Procesal. Por tanto, solo me queda agradecerle por transmitir sus conocimientos, por hacerlo con tanta pasión, por ser un gran profesor y una mejor persona.

jeros, de estas 45.963 personas internas tan solo 3.300 son mujeres, y de estas 762 se trata de mujeres extranjeras.²

El encarcelamiento de una mujer extranjera conlleva unas necesidades especiales³ (PÉREZ ARNALDO, 2021: 21) derivadas de encontrarse privadas de libertad en un Estado del que no son nacionales y en muchas ocasiones ni siquiera residentes. A ello se ha de añadir, que se trata de mujeres, que por lo general, es un colectivo invisible en el sistema penitenciario debido al bajo número de mujeres privadas de libertad con respeto a los hombres, como ya hemos visto (NAVARRO VILLANUEVA, 2018: 20).

De aquí surge la duda sobre si la legislación nacional responde a las necesidades de este colectivo vulnerable e invisibilizado⁴. Se hace necesario pues revisar la normativa nacional vigente para conocer si está en armonía con los estándares europeos e internacionales. Para ello, es imprescindible descubrir si por parte de la comunidad internacional o europea se ha promulgado normativa que aborde las necesidades especiales de las internas extranjeras para fomentar una armonización de las leyes a nivel de Estado respecto al asunto en cuestión.

En consecuencia se detectarán los posibles desafíos y/o retos pendientes de la normativa estatal, si es que existen, en relación con la normativa europea e internacional.

2. Normativa internacional

La normativa internacional ofrece, a todos los Estados, los principios en los que debe inspirarse la legislación y el sistema penitenciario. A continuación hacemos mención de aquella normativa internacional principal de aplicación a las mujeres extranjeras en situación de privación de libertad.

2.1. Reglas mínimas por el tratamiento de los reclusos (1955)

Estas reglas suponían el reconocimiento, por parte de las Naciones Unidas, de unos estándares universales para el tratamiento de las personas privadas de

2. Datos de extraídos del Ministerio Del Interior. Secretaría General De Instituciones Penitenciarias. Informe General 2021.

3. Necesidades derivadas de factores como el idioma, la cultura, las costumbres, la religión, la posible lazos familiares en el Estado y la dificultad en las comunicaciones y/o el contacto con el mundo exterior.

4. Concepto empleado en Navarro Villanueva, C., *El encarcelamiento femenino. Especial consideración a las madres privadas de libertad*, Atelier, Barcelona, 2018.

libertad. En 2015 se aprobó por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas una nueva versión actualizada de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, llamadas a partir de ese momento como Reglas Nelson Mandela (Reglas Mandela).

Pese al avance que comportaron, estas reglas no tienen en consideración la situación de las mujeres privadas de libertad. Por este motivo, se promulgaron posteriormente, como veremos, unas reglas dirigidas exclusivamente a las mujeres internas.

Desde el punto de vista de la extranjería debe mencionarse que es escasa la mención expresa que se hace de las personas internas extranjeras en todo el cuerpo normativo. Cabe mencionar que únicamente la regla 62 hace referencia a personas internas con nacionalidad extranjera y recoge el derecho de éstas a comunicarse con los/as representantes diplomáticos y consulares y de las facilidades que deben tener para poder disfrutar de este derecho.

2.2. Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las internas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas Bangkok)

Aprobadas en 2010 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Se reconoció así la necesidad de establecer reglas universales respecto a consideraciones específicas que debían aplicarse a las mujeres privadas de libertad. Las Reglas de Bangkok aclaran disposiciones existentes en las Reglas Mandela e incorpora nuevos aspectos que no habían sido contemplados hasta el momento, por lo que estas reglas no sustituyen a las Reglas Mandela, estas últimas se siguen aplicando.

En lo que refiere a las mujeres migrantes privadas de libertad se prevé principal y especialmente lo siguiente:

- a) En el momento del ingreso, además de los derechos reconocidos a todas las mujeres, se prevé expresamente que las mujeres extranjeras dispongan también de acceso a sus representantes consulares (Regla 2). Según los comentarios de las reglas, esto se debe a que las mujeres extranjeras, especialmente si no son residentes, se sienten particularmente vulnerables en ese momento y deben recibir la asistencia adicional a la que tienen derecho.
- b) En cuanto a la maternidad de las mujeres migrantes se prevé una consulta a los consulados previamente a tomar la decisión de retirar al/la menor de la prisión (Regla 52.2). Esto va ligado con lo que recoge la regla 53, y es

que en caso de retirar a un/a niño/a que viva con su madre interna extranjera no residente, deberá considerarse la posibilidad de reubicar al/la niño/a en su país de origen, teniendo en cuenta el interés superior del/a menor y consultando con la madre la decisión.

- c) Se contempla la posibilidad de trasladar a las internas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijos/as en él y cuando ellas lo soliciten, siempre que existan acuerdos bilaterales entre los países (Regla 53).

Así, estas reglas intentan tener en cuenta las dificultades añadidas que tienen las internas extranjeras, ya sean residentes o no en el país donde se encuentran encarceladas.

3. Normativa europea

En cuanto al ámbito comunitario son varias las recomendaciones que se realizan a nivel penitenciario, destacamos las siguientes:

3.1. Reglas penitenciarias europeas

Se trata de un conjunto de recomendaciones y directrices a los gobiernos de los Estados miembros, para que estos en la elaboración de sus legislaciones, políticas y prácticas en el ámbito penitenciario se guíen por los estándares mínimos y principios básicos para el respeto de los derechos humanos de las personas privada de libertad. No se trata de una normativa exclusiva de mujeres ni de personas extranjeras, sino de cualquier persona privada de libertad.

De entre su articulado, encontramos una especial mención a las mujeres en su artículo 34, y en cuanto a las normas relativas a las personas extranjeras encarceladas se prevé un único artículo, el 37, en el que se agrupan los siguientes temas:

- a) Derecho del detenido a comunicarse con los representantes diplomáticos o consulares de su país y disponer de los medios para ello.
- b) Cooperación con los representantes diplomáticos y consulares para garantizar las necesidades especiales de detenidos extranjeros.
- c) Proporcionar a los detenidos extranjeros información específica de asistencia jurídica.
- d) Información sobre la posibilidad de cumplir su pena en otros países.

Además, se hace una pequeña mención a las personas extranjeras en el punto 81.3 correspondiente a la formación del personal penitenciario. Así, se proclama que el personal que trabaja con grupos específicos, como personas extranjeras, mujeres, menores o personas con trastorno mental, recibirá formación específica para su trabajo especializado.

3.2. Resolución sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones del encarcelamiento de los padres sobre la vida social y familiar (2007/2116 (INI))

El Parlamento Europeo, el 13 de marzo de 2008, adoptó la mencionada resolución considerando que las decisiones judiciales, la legislación penal y las instituciones penitenciarias de los Estados miembros deben tener en cuenta las necesidades y situaciones específicas de las mujeres encarceladas.

En cuanto a lo relativo a las internas extranjeras, como sucede en la normativa anteriormente presentada, los preceptos son escasos. Únicamente se contempla de forma específica a la persona extranjera privada de libertad en dos de los 45 puntos que conforman la resolución, y son los siguientes:

- a) El punto 32 subraya que en los programas de alfabetización, educación y formación profesional debería figurar clases de idiomas, incluida la enseñanza de la lengua nacional para la población reclusa extranjera, tanto hombres como mujeres.
- b) El punto 42 recomienda a los Estados miembros que presten especial atención a la población reclusa extranjera, tanto hombres como mujeres, sobre todo en lo que respecta a las diferencias lingüísticas y culturales, que faciliten el contacto con sus familias, así como que les permitan contactar con los Consulados, acceder a los programas y recursos penitenciarios y obtener la información que puedan comprender. Asimismo se les recomienda tomar en consideración la especificidad de la situación de las mujeres extranjeras en la planificación de las actividades penitenciarias, impartir cursos de formación a los agentes para trabajar en entornos multiculturales dentro y fuera de prisión y crear servicios de mediación.

3.3. Recomendación CM/REC (2012)12 relativa a los presos extranjeros

Adoptada por el Comité de Ministros el 10 de octubre de 2012. Esta recomendación tiene como objetivo abordar las dificultades a las que se enfrentan las personas internas extranjeras debido a factores como las diferencias en el idio-

ma, la cultura, la costumbre, la religión y la ausencia de lazos familiares y la dificultad de contacto familiar. Es el único instrumento normativo internacional, comunitario y nacional que trata exclusivamente la situación de la población reclusa extranjera.

Así, la recomendación intenta evitar cualquier aislamiento de las personas internas extranjeras y facilitar su reinserción social. Sin embargo, no sólo aborda condiciones de reclusión sino que tiene como objetivo mejorar la integración social una vez alcanzada la excarcelación, un punto importante del que parece que la normativa internacional ha pasado por alto.

La aprobación de esta recomendación pone de manifiesto las necesidades especiales de la población reclusa extranjera. Necesidades especiales que tienen causa en la situación de ser detenidos en un Estado del que ni son nacionales ni residentes. Se pretende por tanto proporcionar las mismas oportunidades que al resto de internos.

En primer lugar, en el mismo artículo 1 se da definición al término de «persona extranjera» y lo hace en relación con la nacionalidad y la residencia. Por tanto, el término de «persona extranjera» hace referencia a toda persona que no sea residente o tenga la nacionalidad del Estado donde se encuentre.

La recomendación consta de 41 artículo y los temas a tratar son los siguientes: a) Definiciones y ámbito de aplicación; b) Principios básicos; c) El uso de la prisión preventiva; d) Sentencia; e) Condiciones de encarcelamiento; f) Excarcelación; g) Personas que trabajan con presos extranjeros; y h) Política de evaluación.

4. Normativa estatal

Según nuestra carta magna, artículo 149.1 CE, la competencia en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo es exclusiva del Estado. Este mismo precepto además prevé que si bien el Estado tiene la competencia exclusiva sobre la legislación penitenciaria (entre otros), esto no excluye la posibilidad de que las Comunidades Autónomas asuman la competencia ejecutiva de los servicios penitenciarios, como es el caso de Cataluña⁵ y el País Vasco⁶.

5. Cataluña ha asumido la competencia ejecutiva de los servicios penitenciarios, así lo proclama el artículo 168 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Por tanto, a nivel autonómico, se ha aprobado por Decreto 329/2006, de 5 de septiembre el Reglamento de organización y funcionamiento de los servicios de ejecución penal en Cataluña.

6. País Vasco asumió en el año 2021 la competencia ejecutiva de los servicios penitenciarios, tal como se recoge en el Real Decreto 474/2021, de 29 de junio, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del

A continuación repasaremos toda aquella legislación que pudiera ser aplicable a las mujeres extranjeras privadas de libertad.

4.1. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (LOGP)

La LOGP se compone de ochenta artículos, dos disposiciones transitorias y dos disposiciones finales.

En todo el articulado no establece regulación específica para las personas internas extranjeras, pues siguiendo la no diferencia de tratamiento por razón de raza, religión o nacionalidad que se recoge en la normativa internacional, equipara la condición de éstos a la de los nacionales, al menos en teoría.

Precisamente, en su artículo 3 proclama que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin diferencia alguna por razón de raza, opinión política, creencia religiosa, condición social o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

4.2. Reglamento penitenciario (RP)⁷

La aprobación de este Reglamento en su día se justificó entre otros motivos por el aumento de población reclusa extranjera. Así, en la exposición de motivos, se hace saber que la situación era muy diferente a la existente en 1981 (cuando se aprobó el anterior reglamento) debido a un aumento de la población reclusa y a unas variaciones sustanciales en la composición de la población reclusa (mayor presencia de mujeres, de reclusos extranjeros y envejecimiento de la población reclusa).

A diferencia de la ley, el reglamento sí prevé disposiciones específicas para personas internas extranjeras, a continuación recogemos las principales:

- a) Artículo 15.5. Derecho de los internos extranjeros a que se ponga en conocimiento de las autoridades diplomáticas o consulares correspondientes su ingreso en prisión.

Estado a la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre ejecución de la legislación del Estado en materia penitenciaria.

7. Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

- b) Artículo 26. Medida de expulsión administrativa posterior al cumplimiento de la condena.
- c) Artículo 27. Sustitución de la pena impuesta a extranjeros por medida de expulsión.
- d) Artículo 41.7. Necesidades especiales de los presos extranjeros en las comunicaciones y visitas.
- e) Artículo 49.3. Comunicación de los internos extranjeros con las personas de las respectivas Embajadas y Consulados
- f) Artículo 52.3. Folleto informativo en aquellos idiomas de grupos significativos de internos extranjeros en los establecimientos españoles. Traducción oral del contenido del mismo en aquellos casos en que la persona extranjera desconozca los idiomas en que se encuentre editado el folleto.
- g) Artículo 197. Libertad condicional de extranjeros.

4.3. Código penal

La expulsión de los/as ciudadanos/as extranjeros/as prevista en el artículo 89 del Código Penal (CP) es una medida sustitutiva de la pena de prisión. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo modificó sustancialmente el artículo 89 del Código Penal, en el sentido de aplicar el precepto a todo/a ciudadano/a extranjero/a que se encuentre en territorio nacional, independientemente de su situación administrativa de residencia. Anteriormente a la reforma de 2015, dicha expulsión sustitutiva sólo se aplicaba a la persona extranjera no residente legalmente en España.

Actualmente, el artículo 89 se aplica a los/as ciudadanos/as extranjeros/as condenados/as a la pena de prisión de más de un año por delitos dolosos e imprudentes. Estas penas de prisión serán sustituidas por la expulsión del territorio. Que se llevará a cabo según lo estipulado por el precepto diferenciando si la condena es menor o mayor de cinco años.

La expulsión judicial lleva aparejada la prohibición de entrar en España y en todo el territorio Schengen durante un plazo de entre 5 a 10 años, a determinar por el tribunal. Los días a quo de la prohibición de entrada se inician desde la efectiva la expulsión.

No será de aplicación la expulsión cuando esta resulte desproporcionada a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor y en particular el arraigo en España. Además, se prevé un supuesto excepcional de expulsión de personas extranjeras ciudadanas de la Unión Europea.

4.4. Otra legislación a tener en cuenta

La normativa que a continuación se presenta, pese a no ser directamente aplicable a las internas no nacionales, sí que produce importantes efectos sobre aquellas y no ha de olvidarse.

- 1) **Ley de Extranjería**⁸. Es el marco legislativo principal de la política migratoria del Estado. Es una ley que debe tenerse en cuenta ya que es aplicable para regularizar, en su caso, la situación de residencia una vez se consiga la libertad por parte de la persona extranjera, pues regula la situación de estancia y residencia disponiendo las bases, que posteriormente serán desarrolladas por el reglamento, de las autorizaciones de residencia, trabajo y reagrupación familiar. Se regula además el régimen sancionador en materia de extranjería.
- 2) **Reglamento de Extranjería**⁹. Se trata del reglamento que desarrolla la ley de extranjería mencionada anteriormente. El Reglamento introduce una regulación más detallada que la ley de las autorizaciones de residencia y trabajo temporal en sus diferentes modalidades y regula la residencia de larga duración en sus dos modalidades (larga duración y larga duración de la UE), entre otros temas. Además, los últimos preceptos se dedican al régimen sancionador y las infracciones en materia de extranjería. Se ha de tener en cuenta que la expulsión administrativa es la sanción que más efectos tiene en la trayectoria penitenciaria de la persona interna extranjera, pues puede tener consecuencia en la concesión de permisos de salida (PÉREZ ARNALDO, 2021: 22).

5. Conclusión

El objetivo principal del presente artículo residía en realizar una revisión de la normativa internacional, europea y nacional para conocer si existía legislación acerca de la especial situación de las mujeres extranjeras privadas de libertad y saber si esta preveía un régimen penitenciario específico que se ajustara a las necesidades de asistencia especiales de estas.

De toda la legislación analizada, tan solo hemos podido identificar una recomendación europea que prevea específicamente la situación de las personas internas extranjeras, si bien faltaría alguna referencia a las mujeres extranjeras

8. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

9. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

en dicha recomendación, es la única herramienta legislativa que se centra en dar respuesta a las necesidades de asistencia especiales. Resaltar, que dicha recomendación pone énfasis en la excarcelación más allá de la expulsión de la persona extranjera, recordando que el régimen penitenciario deberá ajustarse a las necesidades de asistencia especiales de los presos extranjeros y prepararlos para la excarcelación y la reintegración social. No podemos sino aplaudir dicha recomendación por ser una iniciativa que se adopta para la consecución de una armonización legislativa que prevea las necesidades de las personas internas extranjeras privadas de libertad, más allá de las condiciones de encarcelamiento, quedando aún mucho camino por recorrer.

El resto de normativa, recoge muy someramente la situación de los internos extranjeros, existiendo menos previsiones todavía para mujeres. La normativa tanto internacional como nacional se centra sobre todo en las condiciones de encarcelamiento y los derechos durante este, olvidándose del momento de excarcelación. La normativa internacional no hace mención alguna al momento de excarcelación. Por su parte, la normativa estatal, parece apostar por incentivar la expulsión¹⁰, respuesta adecuada para aquellas mujeres extranjeras no residentes (sobre todo si tienen hijos/as o lazos familiares en el Estado del que son nacionales) pero que no parece tan adecuada en los supuestos de mujeres extranjeras no nacionales pero residentes en España. En este último supuesto, la interna extranjera encuentra su proceso de reinserción e integración social obstaculizado entre otros motivos por la normativa administrativa de extranjería.

En consecuencia, la regulación resulta notoriamente insuficiente pese a los pequeños esfuerzos europeos de armonización de las legislaciones respecto a las personas extranjeras privadas de libertad.

El reto legislativo pendiente en la materia estudiada va relacionado a mejorar la integración social una vez alcanzada la excarcelación de las personas extranjeras privadas de libertad. Resulta necesario continuar con lo iniciado por Europa, aunque parece insuficiente pues no prevé la situación de las mujeres, es la única normativa dedicada exclusivamente a personas internas extranjeras y además, la única que ha previsto principios básicos para la excarcelación.

10. Ello se evidencia por: la gran dedicación de artículos en el Reglamento a la expulsión en relación a la escasez de artículos de otras situaciones de excarcelación; por la reforma del año 2015 que modificó la expulsión judicial del artículo 89 del CP; la dedicación que se hace a ella en la Instrucción 03/2019 de Secretaría General de Instituciones Penitenciarias; y la Circular 7/2015, de 17 de noviembre realizada por parte de la Fiscalía del Estado en relación a la expulsión judicial.

6. Bibliografía

- Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado* 311, de 29 de diciembre de 1978. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 281, de 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado* 10, de 12 de enero de 2000. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/11/4/con>
- NAVARRO VILLANUEVA, C. *El encarcelamiento femenino. Especial consideración a las madres privadas de libertad*, Atelier, Barcelona, 2018.
- PÉREZ ARNALDO, L. *La extranjería en prisión. Estudio jurídico desde la perspectiva resocializadora*. Ministerio del Interior. Colección: Premios Victoria Kent, 2021. Disponible en: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/instituciones-penitenciarias/La_extranjeria_en_prision_PVK_126220478_web.pdf
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. *Boletín Oficial del Estado* 103, de 30 de abril de 2011. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/04/20/557/con>
- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. *Boletín Oficial del Estado* 40, de 15 de febrero de 1996. <https://www.boe.es/eli/es/rd/1996/02/09/190/con>
- Recomendación CM/Rec (2012)12 relativa a los presos extranjeros, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 10 de octubre de 2012.
- Recomendación Rec (2006)2 sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, 11 de enero de 2006. Disponible en: <https://www.refworld.org.es/docid/5bd895a74.html> [Consultado el 26 de marzo de 2024].
- Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las internas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas Bangkok). Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de marzo de 2011, A/RES/65/229. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf [Consultado el 26 de marzo de 2024].
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas por el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela): Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 8 Enero 2016, A/RES/70/175. Disponible en: <https://www.refworld.org.es/docid/5698a3c64.html> [Consultada el 26 de marzo

de 2024].

Resolución sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones del encarcelamiento de los padres sobre la vida social y familiar (2007/2116 (INI)), del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2008. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2008-0102_ES.html [Consultado el 26 de marzo de 2024].

X | Las reformas de la acción rescisoria concursal desde la Ley Concursal del 2003

Josefina Huelmo Regueiro
Profesora asociada de Derecho Procesal
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. BREVE RESEÑA DE LAS REFORMAS DE LA RESCISORIA CONCURSAL DESDE LA LEY CONCURSAL HASTA MAYO DEL 2020. 2.1. EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO. 2.1.1 De las acciones rescisorias especiales. 2.1.2. De las demás acciones de reintegración. 2.1.3. El incidente concursal. 2.2 LA LEY 16/2022, DE 5 DE SEPTIEMBRE. 2.2.1. Dies a quo para el cómputo del periodo sospechoso. 2.2.2. Actos no rescindibles. II.2.3. Protección de los planes de reestructuración. 2.2.4. Recurso contra la sentencia. 3. CONCLUSIÓN. 4. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

La acción rescisoria concursal es la acción que puede ejercitarse únicamente en el procedimiento concursal, para reintegrar a la masa activa del concurso los bienes o derechos que se consideran indebidamente salidos del patrimonio del deudor durante el plazo de tiempo legalmente determinado¹.

El presente artículo pretende reseñar, a modo de pincelada, las modificaciones realizadas en la normativa que regula la acción rescisoria concursal en los últimos años desde la Ley concursal del 2003 hasta la actualidad, especialmente desde las reformas de mayo del 2020 y septiembre de 2022.

La regulación de las situaciones de insolvencia en nuestro país se ha venido caracterizando, durante muchos años, por la dispersión, la complejidad y la ineficiencia respecto de los objetivos que pretendía alcanzar.

1. En palabras del Tribunal Supremo (sentencia de 30 de abril de 2014): «Las acciones de reintegración son instrumentos esenciales para la satisfacción de los intereses de los acreedores, que constituye la finalidad primordial del concurso. Mediante tales acciones se busca restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par conditio creditorum».

Se intentó solucionar estos problemas endémicos con la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (LC). Esta nueva ley, aprobada con la intención de realizar una profunda renovación del Derecho Concursal, unificando y consensuando los diferentes criterios y adaptando las soluciones legislativas clásicas a la nueva realidad económica, estableció un sistema regido por los principios de unidad, unidad de disciplina, y unidad de sistema. En cuanto a la acción rescisoria concursal, la nueva regulación supuso una clara ruptura con el sistema vigente hasta ese momento.

La grave crisis económica que sobrevino en el 2008, pocos años después de la entrada en vigor de la LC, puso de manifiesto la poca efectividad de la nueva regulación (elaborada y aprobada durante un periodo de bonanza económica) para conseguir superar las situaciones de insolvencia. Alrededor del 90% de los procedimientos finalizaban con el cierre y la disolución de las empresas. Esta realidad hizo necesario realizar reformas de la LC, sucesivas y en breves espacios de tiempo², que poco a poco fueron desvirtuando su planteamiento inicial, sin conseguir solucionar la mayoría de los problemas planteados.

La pandemia de COVID 19³, y la declaración del estado de alarma en nuestro país hizo necesario, aprobar nuevas normas legales para implementar medidas de carácter temporal (sin reformar la LC), para intentar evitar, en la medida de lo posible, los efectos económicos derivados de la pandemia, así como la presentación masiva de concursos una vez levantado el estado de alarma y la consecuente suspensión de plazos procesales⁴.

Es en este contexto en el que se aprueba el Real Decreto Legislativo 1/20, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR). Las sucesivas reformas y contrarreformas realizadas hasta el momento hacían necesaria la regularización, aclaración y armonización de la norma⁵. Este RD legislativo también advierte que el legislador español tenía pendiente transponer la [Directiva \(UE\) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019](#).

2. Sobre esta cuestión, vid HUELMO REGUEIRO, J., *La acción rescisoria concursal*, pag.77-78, nota al pie nº 81.

3. El 30 de enero de 2020 la epidemia de COVID-19 fue declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) una emergencia de salud pública. Poco después, el 11 de marzo de 2020 el Director General de la OMS caracterizó la enfermedad como una pandemia.

4. Las principales normas en esta materia son: RDL 16/2020, de 29 de abril que dio lugar a la Ley 3/2020, de 18 de septiembre; el RD Ley 34/2020, de 17 de noviembre; y el RD Ley 5/2021, de 12 de marzo. Referencia las reformas realizadas por estas normas el artículo publicado el 22 de abril de 2021 en <https://elderecho.com> ¿Cómo se ha ajustado la normativa concursal para amortiguar el efecto de la crisis pos-Covid?

5. Por imperativo legal no se pueden realizar modificaciones de fondo de la norma refundida, por eso no se trata de una reforma en sentido estricto, sino de una aclaración, ordenación e integración de la ley.

La última reforma hasta el momento es la realizada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

Con esta reforma, dada la evidente falta de eficacia de la regulación anterior⁶, se pretende una reforma estructural de calado del sistema de gestión y resolución de las situaciones de insolvencia; un cambio de paradigma según la mayoría de la doctrina. Ya no se pone el acento principalmente en la regulación del concurso de acreedores, sino en la regulación de los instrumentos necesarios para intentar evitar el concurso o superar la situación de insolvencia cuando las empresas son viables. Así, se potencian los mecanismos preconcursales para intentar evitar el concurso (se regulan los llamados planes de reestructuración y se suprimen los instrumentos preconcursales utilizados hasta el momento: los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago). Cuando las empresas ya no son viables, se opta por la simplificación del procedimiento para que la tramitación del concurso y la liquidación sean lo más ágil y eficiente posible (p. ej., regula el denominado «pre-pack»). Se centran los esfuerzos en intentar evitar los concursos para salvar las empresas y los puestos de trabajo, y cuando ello no sea posible, en conseguir una mayor eficacia del procedimiento para finalizarlo lo más rápido posible. También se establece un procedimiento especial para microempresas⁷.

6. En ese momento habían transcurrido 18 años desde la entrada en vigor de la inicial LC del 2003. Desde entonces se había reformado más de 25 veces, más de 30 si tenemos en cuenta las medidas introducidas como consecuencia del Covid19. De estas reformas, 17 habían tenido lugar desde el 2011. En este sentido, el preámbulo del Real Decreto Legislativo 1/20, de 5 de mayo se inicia afirmando que: «La historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas. Es difícil encontrar una ley que, en tan pocos años, haya experimentado tantas y tan profundas modificaciones».

7. Según el artículo 685: «El procedimiento especial para microempresas será aplicable a los deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las siguientes características:

1.^a Haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores. Este requisito se entenderá cumplido cuando el número de horas de trabajo realizadas por el conjunto de la plantilla sea igual o inferior al que habría correspondido a menos de diez trabajadores a tiempo completo.

2.^a Tener un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud.

En los concursos de persona física, cuando se trata de deudores de buena fe, el procedimiento concursal les ofrece la posibilidad de exoneración parcial del pasivo insatisfecho, dándoles una segunda oportunidad para rehacerse económicamente, evitando así «*su paso a la economía sumergida o a una situación de marginalidad*»⁸

No obstante este evidente cambio de orientación, la regulación de la acción rescisoria concursal se mantiene casi íntegramente con pequeños cambios de estructura o de redacción. El cambio más relevante es la modificación del dies a quo para computar el plazo de dos años del periodo sospechoso, aunque la sustitución de los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales por los planes de reestructuración también conlleva la modificación de la protección de estos planes frente a la rescisoria concursal. Finalmente, también hay algún cambio en relación a los efectos del ejercicio de la acción en determinados supuestos.

2. Breve reseña de las reformas de la rescisoria concursal desde la Ley Concursal hasta mayo del 2020

El artículo 71 LC, titulado «*Acciones de reintegración*», regulaba inicialmente aspectos materiales y procesales de la acción rescisoria. Su primera reforma importante fue la realizada por la Ley 38/2011 (que modificó los apartados 2º, 3º, 4º y 5º, introdujo un nuevo apartado 6º y renumeró el antiguo 6º como 7º)⁹. La siguiente reforma, realizada por la Ley 14/2013, afectó sólo al 2º párrafo del apartado 6º. Seguidamente, el RDL 4/2014 suprime el artículo 6º, renumerando el antiguo 7º como nuevo 6º (en cierto modo deshace la reforma del 2011). Esta modificación fue ratificada posteriormente por la Ley 17/2014 al convalidar el RDL 4/2014.

La ley 14/2013, de 27 de septiembre, también introdujo un nuevo artículo 71 bis (inexistente en la redacción inicial de la LC), regulando en él la forma en la que debía realizarse el nombramiento por el Registrador del experto independiente que tendría que verificar los acuerdos de refinanciación. Posteriormente, el RDL 4/2014 mantiene este artículo, pero modifica totalmente su contenido, pasando a regular el «*Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación*», redacción ratificada por la Ley 17/2014. Por último, esta Ley

8. Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley concursal.

9. Las modificaciones introducidas en los 5 primeros apartados del art. 71 entraron en vigor el 1 de enero de 2012 según lo establecido en la Disposición final tercera 1 de la Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presentaron y concursos que se declararon a partir de su entrada en vigor de conformidad con lo establecido en la Disposición transitoria primera de la Ley 38/2011.

también introduce en el Título X la regulación de los acuerdos extrajudiciales de pagos (arts. 231 a 242 bis).

El artículo 72 fue reformado por la Ley 38/2011, que introdujo un nuevo apartado 2º, renumerando los dos apartados siguientes como 3º y 4º. Este nuevo apartado 2º fue modificado por el RDL 4/2014, ratificándose esta modificación por la Ley 17/2014.

Por su parte, el artículo 73 mantuvo su redacción inicial hasta el RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

2.1. El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo

El Real Decreto Legislativo 1/20, de 5 de mayo (TRLR), refunde el texto de la Ley Concursal aclarando e integrando la redacción de los preceptos. Modificó la redacción de numerosos artículos para unificar la terminología y aclara o facilitar su interpretación. También simplifica la redacción de los artículos de manera que cada uno regula únicamente una cuestión, no cuestiones diversas como ocurría hasta el momento. También modificó la sistemática de la Ley concursal del 2003, creando nuevos títulos para materias concretas, y cambiando otras de capítulo dentro del mismo título.

Este es el caso de la acción rescisoria concursal que, regulada inicialmente en el Título III (Efectos de la declaración del concurso), Capítulo IV (De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa), artículos 71 a 73, se traslada mayoritariamente al Libro I (Del concurso de acreedores), Título IV (De la masa activa), Capítulo IV (De la reintegración de la masa activa). Este Capítulo IV a su vez se divide en dos secciones: la 1ª, titulada «*De las acciones rescisorias especiales*», en la que se regulan las acciones rescisorias especiales (artículos 226 a 237); y la 2ª, titulada «*De las demás acciones de reintegración*» que regula en un solo artículo, el 238, las demás acciones de reintegración. Así pues, la regulación pasa de los 3 artículos iniciales a 13.

2.1.1 De las acciones rescisorias especiales

2.1.1.1 El antiguo artículo 71 titulado genéricamente «*Acciones de reintegración*» se divide en 6 artículos, del 226 al 230 y el 238, con ligeros retoques de redacción pero que no modifican la regulación ya existente. Así:

- El 71.1 LC pasa a ser el artículo 226 del TRLC (acciones rescisorias de los actos del deudor).

- El 71.2 LC pasa a ser el artículo 227 del TRLC (presunciones absolutas de perjuicio).
- El 71.3 LC pasa a ser el artículo 228 del TRLC (presunciones relativas de perjuicio).
- El 71.4 LC pasa a ser el artículo 229 del TRLC (prueba del perjuicio).
- El 71.5 LC pasa a ser el artículo 230 del TRLC (actos no rescindibles). En este caso: se mantiene el apartado 1º; el 2º pasa a ser el 4º; el 3º se divide en los nuevos párrafos 2º (relativo a los actos de constitución de garantías a favor de créditos públicos, añadiendo: «*los actos de reconocimiento y pago de los créditos públicos tendentes a lograr la regularización o atenuación de la responsabilidad del concursado prevista en la legislación penal*»), y 3º (relativo a los actos de constitución de garantías a favor del Fondo de Garantía Salarial, añadiendo: «*en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica*»); y se añade el apartado 5º: «*Las operaciones mediante las que se instrumenten las medidas de resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*».
- El artículo 71.6 LC se traslada al artículo 238 del TRLC, el único artículo de la Sección 2º, cambiando el enfoque, pero sin cambiar sustancialmente la regulación. La regulación inicial incluía en la regulación de la acción rescisoria concursal el recordatorio de que es compatible el ejercicio de la rescisoria concursal con el del resto de acciones de impugnación de actos del deudor, que estas acciones debían ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento previstas en el artículo 72. La nueva regulación hace más visibles las otras acciones de impugnación al dedicarles un artículo propio titulado «*Otras acciones de impugnación de los actos del deudor*». Además, en la remisión a las normas que regulan la rescisoria en materia de legitimación y procedimiento, añade las del recurso de apelación.

2.1.1.2. Por su parte, el contenido del artículo 71 bis, que regulaba el régimen especial de rescisión de determinados acuerdos de refinanciación, el de la Disposición adicional 4ª sobre los acuerdos de refinanciación, y el Título X (arts. 231 a 242 bis) en el que se regulaban los acuerdos extrajudiciales de pago (todos ellos introducidos por la ley 14/2013, de 27 de septiembre), pasan al Libro II (Del derecho preconcursal). El régimen especial de rescisión de estos acuerdos se regula en los artículos 697 a 699, Sección 1ª (De las especialidades en materia de reintegración de la masa activa), del Capítulo II (De las normas comunes en materia de concurso consecutivo), del Título IV dedicado al concurso consecutivo¹⁰.

10. Los acuerdos de refinanciación en su conjunto se regulan en el Título II, mientras que los acuerdos extrajudiciales de pago se regulan en el Título III.

El artículo 695 TRLC establece que deben considerarse concursos consecutivos los declarados al no haber conseguido alcanzar un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos, o en caso de incumplimiento o ineficacia de los mismos.

Seguidamente, el artículo 697 establece que son rescindibles los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso y los realizados durante la fase de cumplimiento de ese acuerdo, en el caso de los acuerdos de refinanciación que hubieran sido declarados nulos, o desde la solicitud de nombramiento de mediador concursal en el caso de los acuerdos extrajudiciales de pago declarados nulos, o que no reúnan los requisitos exigidos por el TRLC.

El artículo 698 regula como no rescindibles: los acuerdos de refinanciación homologados o los no homologados que reúnan los requisitos establecidos en el TRLC, los acuerdos extrajudiciales de pago, los actos, negocios jurídicos y los pagos que se hubieran realizado en ejecución de los acuerdos, ni las garantías que se hubieran prestado o constituido conforme a lo pactado.

Finalmente, el artículo 699 establece que *«la legitimación para el ejercicio de las acciones rescisorias concursales o cualesquiera otras acciones de impugnación de los acuerdos de refinanciación y de los acuerdos extrajudiciales de pago corresponderá en exclusiva a la administración concursal. En ningún caso la acción podrá ser ejercitada por los acreedores»*.

2.1.1.3. El artículo 72 LC se desglosa básicamente en 4 artículos, del 231 al 234 del texto refundido, dedicados respectivamente a:

- La legitimación activa de la administración concursal, regulada en el art. 231, al que se traslada únicamente la primera frase del antiguo 72.1 LC, que atribuye la legitimación activa a la administración concursal.
- La legitimación activa subsidiaria de los acreedores, regulada en el artículo 232. Este artículo recoge la regulación contenida en el resto del artículo 72.1; la previsión contenida en el 72.4 LC sobre la notificación a la administración concursal de las demandas presentadas por los legitimados subsidiarios; y la regulación sobre gastos y costas del antiguo 54.4 LC. Finalmente, en el párrafo segundo se regulan expresamente dos cuestiones ya consolidadas por la doctrina mayoritaria, pero que no tenían hasta el momento apoyo legal: que el transcurso del plazo de dos meses no impedirá a la administración concursal ejercitar la rescisoria, independientemente de que haya sido ejercitada o no por algún acreedor, y que en caso de que hubiera sido previamente ejercitada por un acreedor, el juez acumulará de oficio los dos incidentes.

- La legitimación pasiva, regulada en el artículo 233, mantiene la redacción del antiguo artículo 72.3 LC.
- El procedimiento, se regula en el artículo 234, trasladando únicamente la primera frase del antiguo 72.4 LC conforme la rescisoria concursal se tramitará por el cauce del incidente concursal.

El apartado 2º del artículo 72, en el que se limita la legitimación activa para el ejercicio de la rescisoria ya hemos adelantado que se traslada a la regulación de los acuerdos de refinanciación, artículos 695 a 697.

2.1.1.4. La regulación de los efectos de la rescisión contenida en el 73 LC, se divide en dos artículos, el artículo 235 titulado propiamente «*Efectos de la rescisión*», y el artículo 236 dedicado al «*Régimen del derecho a la contraprestación*». El texto refundido mantiene la regulación anterior, aunque reordenándola y diferenciando las consecuencias en el caso de que el acto objeto de impugnación sea un contrato con obligaciones recíprocas o un acto unilateral. Así:

- En el artículo 235 se desglosa en 3 apartados el antiguo 73.1, distinguiendo entre la impugnación de un contrato con obligaciones recíprocas, o un acto unilateral, añadiendo en este segundo caso, que la restitución de la prestación se hará a la masa activa, ordenándose la inclusión en la lista de acreedores del crédito que corresponda. Asimismo, los apartados 4º y 5º recogen, desglosado, el antiguo 73.2.
- En el artículo 236 se recoge ampliada, la regulación contenida en el 73.3 LC. Al igual que ocurre con el 235, 1º, 2º y 3º, distingue entre el derecho a la contraprestación en el supuesto de contratos con obligaciones recíprocas, y actos unilaterales.

Así, el 236.1 reproduce casi literalmente el párrafo 3º del artículo 73 LC, pero limitándolo al supuesto de la rescisión de un contrato con obligaciones recíprocas.

Se introduce un nuevo párrafo dedicado a la rescisión de un acto unilateral para diferenciar que en este caso el crédito tendrá la consideración de crédito concursal con la calificación que corresponda.

Finalmente, en el apartado tercero se incluye como excepción, el supuesto en el que se aprecie mala fe del demandado o del acreedor concursal, estableciendo que en ese caso el crédito a la prestación tendrá la consideración de crédito subordinado.

2.1.1.5. Finalmente, se incluye el nuevo artículo 237 relativo al «*Recurso contra la sentencia de rescisión*», para recoger de forma expresa que la sentencia dictada en el incidente de rescisión será directamente apelable, otorgándole a la tramitación del recurso carácter preferente.

2.1.2. De las demás acciones de reintegración

El nuevo artículo 238 hace referencia a las acciones de impugnación de actos del deudor que se pueden ejercitar en el procedimiento concursal contra los actos del deudor anteriores a la fecha de la declaración, concretando que les son de aplicación las mismas normas de legitimación, procedimiento, y apelación fijadas para la rescisoria concursal.

2.1.3. Incidente concursal

También se cambia la ubicación de la regulación del incidente concursal, procedimiento por el que se tramita la rescisoria concursal. Hasta este momento se regulaba en el Título VIII, Capítulo III, artículos 192 a 197 LC, pasando a regularse en el Título XII (De las normas procesales generales, del procedimiento abreviado, del incidente concursal y del sistema de recursos), Capítulo II (del incidente concursal), artículos 532 a 543.

2.2. La Ley 16/2022, de 5 de septiembre

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, tal y como ya hemos adelantado, pretende un cambio radical en el enfoque de las situaciones de insolvencia, priorizando la intervención temprana y preventiva para intentar evitar tener que recurrir al concurso de acreedores. Y si hay que recurrir al concurso, pretende que este sea lo más rápido y eficiente posible.

La regulación general sobre la rescisoria concursal mantiene la estructura y la numeración del texto refundido del 2020, suprime los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago sustituyéndolos por los planes de reestructuración regulados en el Libro II (Del derecho preconcursal), Título III (De los planes de reestructuración), Capítulo VI (De la protección en caso de concurso), artículos 667 (Protección frente a la acción rescisoria) y 668 (Financiación de personas especialmente relacionadas con el deudor).

2.2.1. Días a quo para el cómputo del periodo sospechoso

La gran novedad, además de los planes de reestructuración, es la modificación del plazo del llamado periodo sospechoso. El nuevo artículo 226 modifica el días a quo para el cómputo del plazo de los dos años, pasando del día de la declaración del concurso, al día de la solicitud de la declaración del concurso. Además, se amplía el plazo incluyendo también los actos realizados desde la solicitud de concurso hasta la declaración del mismo.

El dies a quo para computar el plazo del periodo sospechoso ha venido siendo discutido desde la entrada en vigor de la LC del 2003, si bien la doctrina mayoritaria optó por la fecha de declaración del concurso, por ser la más coherente con la redacción del artículo 71 LC, y con los efectos de la rescisoria concursal. La crisis del 2008 y el retraso en las declaraciones de concurso, llevó a un sector doctrinal¹¹ a considerar más adecuada la fecha de la solicitud de concurso. De hecho, esta fue la fecha fijada en el artículo 242.2, 3º LC (introducido por la Ley 14/2013) para el concurso consecutivo, aunque referida a la solicitud de nombramiento de mediador. El RDL 1/15, de 27 de febrero, volvió a fijar el dies a quo en la fecha de la solicitud del deudor al Registrador Mercantil, Notario o Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

La nueva regulación contenida en la Ley 16/2022 da un paso más fijando el dies a quo en la fecha de la solicitud de la declaración de concurso, pero incluyendo en el periodo sospechoso también el tiempo transcurrido desde la solicitud hasta la declaración de concurso. La doctrina mayoritaria considera adecuado el cambio, incluso autores que habían venido defendiendo la regulación anterior¹².

Asimismo, el nuevo apartado 2º del artículo 226 fija el dies a quo para el ejercicio de la acción rescisoria cuando se haya intentado alcanzar un plan de reestructuración, en la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores o la intención de iniciarlas para alcanzar un plan de reestructuración. En este caso, también se extiende el periodo sospechoso desde la fecha de la reseñada comunicación hasta la fecha de la declaración de concurso. Para que el acto realizado en este periodo sea rescindible, se fijan dos condiciones: que no se hubiera aprobado un plan de reestructuración o que, aun aprobado, no hubiera sido homologado por el juez; y que el concurso se declare dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de esa comunicación o de la prórroga que hubiera sido concedida.

Finalmente, en el caso de incumplimiento del convenio y consiguiente apertura de la liquidación, se fija como periodo sospechoso dos años desde la fecha de la solicitud de incumplimiento del convenio, o desde la solicitud de la apertura de la liquidación (art 405.2 LC).

11. Vid a modo de ejemplo ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al Régimen Jurídico de la Reintegración Concursal» en AA.VV., *«Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal.»* (Dir. García Villaverde, R, Alonso Ureba, A., Pulgar Ezquerro, J.), Ed. Dilex, S.L., 2003 p 335; y RIVERA FERNÁNDEZ, M., *«Reintegración concurso de acreedores»*, Ed. Dilex, Madrid, 2005, p. 90.

12. A modo de ejemplo, vide SANCHO GARGALLO, I., «La rescisión concursal», Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª edición, 2023, pag.21 a 26, y 126 a 130.

2.2.2. Actos rescindibles

Se modifica también el artículo 230 en el que se reseñan los actos no rescindibles, ampliando el apartado 2º con los actos de reconocimiento y pago de los créditos públicos tendentes a lograr la regularización o atenuación de la responsabilidad del concursado prevista en la legislación penal.

2.2.3. Cesión de la acción y conclusión del concurso por insuficiencia de activo

Esta cuestión estaba inicialmente regulada en el artículo 176 bis de la LC, según el cual el concurso no se podía concluir por insuficiencia de activo: *«salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa»*.

El TRLC del 2020, había trasladado la regulación de esta cuestión al artículo 474, estableciendo que una vez satisfechos los créditos contra la masa, la administración concursal presentará un informe en el que deberá indicar, entre otras cuestiones, *«que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa, solicitando la conclusión del procedimiento»*.

Esta norma ha sido nuevamente redactada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, simplificándola pero sin alterar el contenido de fondo: *«La administración concursal no podrá solicitar la conclusión del concurso por insuficiencia sobrevenida de la masa activa mientras esté en tramitación incidente de rescisión de cualquier acto del deudor perjudicial para la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros o se encuentre en tramitación la sección de calificación, salvo que las correspondientes acciones ya ejercitadas hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa»*.

2.2.3. La protección de los planes de reestructuración

La protección de los planes de reestructuración frente a la rescisoria la regulan los artículos 635 y 665 a 668, limitándose a hacer pequeños ajustes a la regulación anterior. En el artículo 635.3 se exige la homologación del plan para proteger frente a acciones rescisorias la financiación interina, la nueva finan-

ciación¹³, y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto del plan. Los actos protegidos los regula, de forma más amplia y concreta que la regulación anterior, el artículo 667, exigiendo que los créditos afectados representen al menos el 51% del pasivo total (salvo prueba de su realización en fraude de acreedores). En los supuestos de financiación por personas especialmente relacionadas con el deudor, este porcentaje se amplía al 60% del pasivo total, excluidos los créditos de que fueran titulares esas personas (art. 666).

2.2.4. Recurso contra la sentencia de sentencia

La reforma también modifica la redacción el artículo 237 relativo al recurso contra la sentencia de rescisión, pero sin modificar el contenido del mismo.

2.2.5. Procedimiento especial para microempresas

Finalmente, la última reforma introduce un procedimiento especial para las microempresas, regulando en el artículo 695 el ejercicio de las acciones rescisorias con especialidades en materia de plazos, legitimación activa y pasiva, y ejercitable sólo en caso de insolvencia actual¹⁴.

3. Conclusión

El tiempo transcurrido desde la aprobación de la LC, y las numerosas reformas realizadas hasta el 2020 hacían necesaria una reordenación y mejora técnica de la redacción de la ley. Asimismo, estaba pendiente la transposición de la [Directiva \(UE\) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019](#). A estos dos objetivos responden, básicamente, las dos últimas reformas del 2020 y el 2022.

13. Definidas en los artículos 665 TRLC y 666 TRLC.

14. «3. (...) los acreedores cuyos créditos representen al menos el veinte por ciento del pasivo total podrán solicitar el nombramiento de un experto en la reestructuración o un administrador concursal a los efectos del ejercicio de acciones rescisorias. Los acreedores que representen un porcentaje del pasivo mayor al que ha solicitado el nombramiento pueden oponerse al mismo, salvo que los solicitantes asuman íntegramente la retribución del experto en la reestructuración o del administrador concursal.

4. Si ya hubiera un experto en la reestructuración o un administrador concursal en el procedimiento especial, acreedores que representen al menos el diez por ciento del pasivo total podrán solicitar del mismo el ejercicio de la acción rescisoria. En caso de negativa del experto en la reestructuración o del administrador concursal, o en caso de falta de respuesta dentro de los quince días hábiles siguientes, los acreedores solicitantes tendrán legitimación subsidiaria para entablar la acción rescisoria. Los acreedores litigarán a su costa en interés del procedimiento especial,

5. Esta acción no suspenderá el normal desarrollo procesal del procedimiento especial.

6. La acción rescisoria solo podrá ser presentada en caso de insolvencia actual del deudor.

7. La acción rescisoria puede ser objeto de cesión a un tercero y, en caso de procedimiento especial de continuación, su ejercicio puede incluirse en el plan de continuación».

En el caso de la acción rescisoria concursal no ha habido modificaciones muy significativas, más allá del cambio de criterio en relación a la fijación del dies a quo para la determinación del periodo sospechoso, y de la adaptación a la nueva regulación de los planes de reestructuración.

Entre los aciertos de la nueva regulación debemos incluir que hace más visible que el sistema de reintegración concursal no se limita a la acción rescisoria concursal, sino que incluye también al resto de acciones de impugnación aplicables según el supuesto. Asimismo, redacta de manera más precisa los efectos de la acción, incorporando el supuesto de los negocios unilaterales, y la calificación que debe darse a los créditos que nace como consecuencia de la estimación de la acción.

En cuanto al incidente concursal, se mejora su regulación sobre la inadmisión del incidente en caso de que carezca de la entidad necesaria, la solicitud y admisión de la prueba, la tramitación de cuestiones procesales, y se introduce el trámite de conclusiones. No obstante ello, no parecen adecuadas la remisiones que hace al juicio ordinario, pese a establecer que el incidente concursal se tramitará en la forma establecida por la LEC para el juicio verbal, con las especialidades establecidas en el TRLC.

Asimismo, después de 19 años durante los que ha habido numerosas divergencias doctrinales y jurisprudenciales sobre el concepto de perjuicio y su extensión, dado que es el elemento en el que se sustenta la acción, sería deseable que el legislador hubiera definido qué debe entenderse por perjuicio a los efectos de la rescisoria concursal.

4. Bibliografía

- ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al Régimen Jurídico de la Reintegración Concursal» en AA.VV., *«Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal.»* (Dir. García Villaverde, R, Alonso Ureba, A., Pulgar Ezquerro, J.), Ed. Dilex, S.L., 2003.
- HUELMO REGUEIRO, J., *«La acción rescisoria concursal»*, Bosch Editor, Barcelona, 2016.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., *«Reintegración concurso de acreedores»*, Ed. Dilex, Madrid, 2005.
- SANCHO GARGALLO, I., *«La rescisión concursal»*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed, Barcelona, 2023.
- <https://elderecho.com/como-se-ha-ajustado-la-normativa-concursal-para-amortiguar-el-efecto-de-la-crisis-pos-covid>, 22 de abril de 2021.

XI | Una aproximación a la regulación de la ejecución procesal del establecimiento mercantil en la Ley de Enjuiciamiento Civil

Antonio M^a Lorca Navarrete
Catedrático de Derecho Procesal
Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal.

SUMARIO: 1. EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL. 1.1. PRELIMINAR. 1.2. LA AUTONOMÍA CONCEPTUAL DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL COMO MEDIO DE FINANCIACIÓN ECONÓMICA. 1.3. EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL SE VINCULA CON LA EXISTENCIA DE UNA SEDE FÍSICA EN LA QUE ESTABLECERSE 2. ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE LA EJECUCIÓN PROCESAL DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL HIPOTECADO. 2.1. LA PERSONALIDAD PROCESAL DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL. 2.2. DE LA «ACCIÓN EJECUTIVA» A LA PRETENSIÓN EJECUTIVA COMO DIVERSA DE LA DENOMINADA «ACCIÓN EJECUTIVA». 2.3. EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL EN EL ÁMBITO NORMATIVO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. El establecimiento mercantil

1.1. Preliminar

Como suele suceder con otros institutos cuya preceptiva jurídica posee indudables connotaciones comerciales, el establecimiento mercantil al tiempo que puede constituir una indudable fuente de riqueza económica, puede ser un útil instrumento económico de financiación cuando sobre el mismo se constituye una hipoteca.

Su irrupción en el derecho procesal posee particular incidencia cuando se constituye en instrumento de financiación económica mediante la constitución de su hipoteca sí, en el cumplimiento de esa garantía, es preciso adentrarse en su ejecución procesal, aunque no es fácil proceder a la misma si, como es posible que suceda, existen dificultades de muy diversa índole en gran medida justificadas en los elementos que integran el establecimiento y que la harían posible.

Hasta el momento el producto legislativo más acabado que permite adentrarse en cada uno de esos elementos que lo integrarían lo constituye la ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión¹ y su correspondiente Reglamento de 17 de junio de 1955², relativo a la hipoteca mobiliaria de establecimiento mercantil.

La atribución de personalidad jurídica al establecimiento mercantil justificada en que, la garantía que sobre el mismo se constituya (artículo 12 regla primera de la ley de hipoteca mobiliaria), puede ser ejecutada, lo acredita como una singular fuente de financiación. Pero, al propio tiempo, el anidamiento en su seno corpóreo de muy diversos elementos de muy diferente concepción jurídica, dificultan su posible proyección procesal en los casos en que se proceda a su ejecución procesal para el cumplimiento de la garantía hipotecaria que sobre él pesa.

Sea como fuere, no cabe duda que la posibilidad de hipotecar un establecimiento mercantil con posible tránsito hacia la ejecución procesal que programa la vigente ley de enjuiciamiento civil, al tiempo que se residencia en su naturaleza exclusivamente mercantil, constituye un complemento indispensable para la obtención por su titular de crédito dinerario.

1.2. La autonomía conceptual del establecimiento mercantil como medio de financiación económica

El establecimiento mercantil como lugar en el que se realizan habitualmente actividades mercantiles o comerciales, no goza de una deseada expresión jurídica. No obstante, su proyección económica o mercantil asociada a la existencia del comercio, a la compra y venta de mercaderías o, en fin, al desarrollo del comercio, es la que mejor le caracteriza.

Ante la ausencia de una definición legalmente testada de lo que se entiende jurídicamente por establecimiento mercantil, su proyección económica permitiría, en cambio, acceder a un acabado entendimiento de lo que entraña, desde esa perspectiva jurídica, un establecimiento mercantil y, al propio tiempo, permitiría recabar un itinerario con el que encontrar apoyos normativos para su más exacta comprensión jurídica si se tiene en cuenta, que las peculiaridades que mejor le distinguen desde el punto de vista jurídico, se encuentran fuertemente influenciadas por su evi-

1. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1954-15448>.

2. Disponible en: <https://boe.gob.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1955-10148&p=19550717&tn=2>.

dente dimensión económica, lo que provoca que, la metodología a utilizar para salir al encuentro de su expresión jurídica, no se encuentre exenta de dificultades al tratar de recorrer un sendero casi ayuno de puntualizaciones tan necesarias para unir tentativas y resultados en torno a la existencia jurídica del establecimiento mercantil.

Teniendo en cuenta la indudable importancia del contexto económico que proyecta el establecimiento mercantil, podría considerarse como idónea la posibilidad de alcanzar su caracterización jurídica a partir de la observación de su realidad económica, como categoría más general, para después especificar los rasgos distintivos que lo acotan y señalan dentro del derecho aunque, este modo de acceder a un concepto jurídico de establecimiento mercantil, que bien podría ser calificada *per genus et differentiam*, sólo sería posible con el permiso de su inequívoca proyección económica.

Con apoyo en esa inequívoca proyección económica del establecimiento mercantil, el artículo 12 regla primera de la ley de hipoteca mobiliaria justifica que pueda ser objeto de hipoteca. Luego, a los efectos de constituir una garantía con la que obtener financiaciones adicionales, el establecimiento mercantil existe para el derecho. Es fuente de financiación económica porque el ordenamiento jurídico le atribuye personalidad con la que poder ser hipotecado.

No obstante, en la explicación del legislador de la ley de hipoteca mobiliaria que precede a su normativa, ese mismo legislador se hace eco de las cuestiones que se plantean al abordar los contornos que definirían el establecimiento mercantil que, por su condición de persona jurídica, puede ser hipotecado. En tal sentido, el legislador de la ley de hipoteca mobiliaria es consciente de «la diversa terminología empleada en la doctrina científica para designar la empresa, hacienda, casa o establecimiento mercantil» así como de «las diferentes construcciones teóricas de la empresa, desde las que la consideran como un ente jurídico unitario al modo de una universalidad, hasta las negativas, que no admiten el concepto unitario de la empresa y la especial naturaleza de las cosas o elementos que la integran». Pero, al propio tiempo ese mismo legislador admite la utilidad de todas esas cuestiones que se han planteado ya lo sean de índole terminológico como de construcción jurídica del concepto de establecimiento mercantil, al haber sido objeto «de muy detenido estudio por la evidente trascendencia que tienen para el desenvolvimiento de la hipoteca».

Posiblemente, ese «detenido estudio» al que alude el legislador de la ley de hipoteca mobiliaria, justificó que se haya «creído —según ese mismo legislador— que debe consagrarse preferente atención al establecimiento, como base física de la empresa, como elemento más permanente de la misma y

como bien que, en nuestra vida real, es por sí solo objeto de posible transmisión y tiene un valor intrínseco y objetivo, en cierto modo independiente de la actividad del comerciante y de los demás elementos de la empresa»

Pues bien, y a través de esas indicaciones, el legislador de la ley de hipoteca mobiliaria no sólo reconoce que su opción legislativa es el establecimiento mercantil —no, la empresa— que «como base física de la empresa» constituye su «elemento más permanente». Va más allá al considerar que el establecimiento mercantil «por sí solo» es «objeto de posible transmisión» y que «tiene un valor intrínseco y objetivo» diverso al de la empresa aun cuando pueda formar parte de un tejido empresarial concreto y específico.

Por tanto, para el legislador de la ley de hipoteca mobiliaria, el establecimiento mercantil es independiente económicamente de la empresa a la que pueda estar adscrito lo que permite afirmar que «el objeto fundamental y directo de la hipoteca es el establecimiento mercantil» y que ese objeto vinculado a su fin que es la de poder constituir una hipoteca sobre el mismo «no deriva —según ese mismo legislador— de ser uno de los elementos de la empresa, sujeto al gravamen como los demás, sino que es la base del derecho real; es el soporte objetivo de la hipoteca, que, apoyada en él, puede extenderse a otros elementos de aquélla».

Siendo, por tanto, fieles a la validez real de un concepto jurídico de establecimiento mercantil, ir en su búsqueda, a los efectos que permita dar solución a la mayoría de los problemas de orden práctico que puedan surgir respecto de su entendimiento y comprensión jurídica, obligaría a acudir a los aspectos procesales que mejor puedan caracterizarlo jurídicamente.

Desde esa perspectiva, el tratamiento del establecimiento mercantil, categoría económica, se polemiza cuando llega a las riberas de su procesabilidad; es más y cuando la corriente de la ejecución de la garantía hipotecaria constituida sobre él lo arrastra para sí, el resultado no es consecuente ni homogéneo con arreglo a un planteamiento puramente normativo, como sí, en definitiva, en este caso como en tantos otros, las fuerzas de la naturaleza económica pueden superar a las realidades normativo/procesales y pugnar contra la esencia misma de las mismas.

La consecuencia es que el establecimiento mercantil no ha sido objeto de un tratamiento integral por parte de nuestro ordenamiento jurídico/procesal a pesar de su importante realidad empírico/económica vinculada a su importante fuente de financiación fruto de la garantía hipotecaria que sobre él se constituya.

Esa realidad empírica/económica del establecimiento mercantil³ se proyecta en problemas jurídico/procesales que son consecuencia de su inserción en una serie de situaciones jurídicas que, al no responder a un tratamiento jurídico unitario provocan que el establecimiento mercantil haya sido tomado en cuenta por el ordenamiento jurídico procesal de forma bastante anárquica y esporádica.

Con tales advertencias, interesa poner de relieve que, la indudable dimensión económica del establecimiento mercantil, es planteada en función de su instrumentalidad procesal y que, por razones que interesan por igual a su proyección mercantil como procesal, será posible considerarlo como medio para la creación de relaciones jurídico/procesales mediante la constatación de su entidad mercantil en base a la cual puede ser parte activa de actos de enajenación y ser dado en garantía⁴, en arrendamiento de local de negocio⁵, etc.

En ese contexto metodológico, se proyectan las normas procesales que, sobre la ejecución de la hipoteca mobiliaria sobre establecimiento mercantil, se contienen en la ley de enjuiciamiento civil que, afligidas por una indudable penuria normativa, no son precisamente las que mejor caracterizan jurídicamente un establecimiento mercantil. De ahí la necesidad de afrontar esa penuria normativa de la ley de enjuiciamiento civil con un examen previo de los diversos elementos que lo caracterizan con el fin de comprender mejor sus implicaciones procesales.

3. La importante realidad empírico/económica vinculada a la existencia de un establecimiento mercantil se atestigua en la multitud de formas o realidades económicas con la que se proyecta en las más diversas realidades económicas como pueda ser la existencia de tiendas, comercios de la más variada actividad mercantil, supermercados, fruterías, pastelerías, pescaderías, cafeterías, restaurantes, bares, barberías, peluquerías, librerías, herboristerías etc.

4. La necesidad de plasmar jurídicamente un tipo de garantía que recayera sobre sus elementos, la encontramos ya en el Derecho Romano. La Ley *Cum Tabernam*, 34 del Título I, libro XX del Digesto, recoge un texto de Scaevola en el que se aludía a la posibilidad de que el deudor diese en prenda al acreedor una tienda (*Quum tabernam debitor creditori pignori dederit*).

5. Es denominado por la ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamiento urbanos «arrendamientos para usos distintos al de vivienda». El numeral 3 del preámbulo de la ley 29/1994 de arrendamiento urbanos dice que «la ley abandona la distinción tradicional entre arrendamientos de vivienda y arrendamientos de locales de negocio y asimilados para diferenciar entre arrendamientos de vivienda, que son aquellos dedicados a satisfacer la necesidad de vivienda permanente del arrendatario, su cónyuge o sus hijos dependientes, y arrendamientos para usos distintos al de vivienda, categoría ésta que engloba los arrendamientos de segunda residencia, los de temporada, los tradicionales de local de negocio y los asimilados a éstos».

1.3. El establecimiento mercantil se vincula con la existencia de una sede física en la que establecerse

Posiblemente sea en la ley de hipoteca mobiliaria en la que el establecimiento mercantil se desnuda normativamente sin declinar de sus indudables implicaciones económicas prestas a acotar aspectos de su realidad jurídico/procesal mediante una doble perspectiva no exenta de cierta complejidad. Por un lado, mediante la existencia de una garantía real como es la hipoteca mobiliaria que viene a completar la configuración tradicional del derecho real de hipoteca, y paralelamente, por otro, en que esa garantía recae sobre un bien como es el establecimiento mercantil en el que la aportación normativa que lo regula contribuye a su caracterización más acabada.

Desde el anterior arranque metodológico, la ley de hipoteca mobiliaria procede a delimitar el concepto jurídico/procesal del establecimiento mercantil acudiendo, para proceder a su correcta delimitación normativa, a concretos elementos del mismo sin los cuales no sería posible su realidad existencial. Esos elementos del establecimiento mercantil necesarios para su proyectada realidad existencial son el local del negocio⁶ así como las instalaciones fijas o permanentes, siempre que pertenezcan al titular del establecimiento⁷.

Como punto de partida, el establecimiento mercantil constituye la sede física del comerciante. Su centro de operaciones en donde radican los distintos elementos que exteriorizan su actividad económica y empresarial.

Por la razón apuntada, posiblemente sea difícil explicarlo tan sólo mediante un conjunto de unidades integradas por bienes materiales si se tiene en cuenta que lo que le caracteriza, además de la pertenencia a un titular —comerciante individual o sociedad mercantil—, es la posibilidad de que sus elementos se vinculen por razón de su aunamiento en un mismo destino económico y sede física. La circunstancia de que se trate de elementos heterogéneos no es un motivo válido para aceptar una conclusión diferente⁸.

6. El artículo 19 de la ley de hipoteca mobiliaria alude a que «para que puedan ser hipotecados los establecimientos mercantiles», deberán estar instalado en local del negocio del que el titular sea dueño o arrendatario, con facultad de traspasar.

7. El artículo 20 de la ley de hipoteca mobiliaria alude también al carácter necesario de determinados elementos del establecimiento mercantil para que pueda ser hipotecado cuando señala que «la hipoteca comprenderá, necesariamente el derecho de arrendamiento sobre el local, si lo tuviere el hipotecante y, asimismo comprenderá las instalaciones fijas o permanentes, siempre que pertenezcan al titular del establecimiento».

8. Sobre el particular es conveniente tener en cuenta el artículo 21 de la ley de hipoteca mobiliaria en el que se dice que «también comprenderá la hipoteca, si no se estableciere otra cosa, los siguientes bienes, que se describirán en la escritura pública correspondiente: a) El nombre comercial, rótulo del establecimiento, marcas

Un argumento *a contrario* perjudicaría las exigencias que conlleva la práctica económica del establecimiento mercantil, complicando sus apreciaciones en orden a su realidad jurídica.

Opción que cobró particular significación jurídica en las indicaciones del legislador de la ley de hipoteca mobiliaria cuando dice que «se ha creído que debe consagrarse preferente atención al establecimiento, como base física de la empresa, como elemento más permanente de la misma y como bien que, en nuestra vida real, es por sí solo objeto de posible transmisión y tiene un valor intrínseco y objetivo, en cierto modo independiente de la actividad del comerciante y de los demás elementos de la empresa» y que la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores⁹, asumió al indicar en su artículo 2 (9) (relativo a definiciones) que es establecimiento mercantil:

«a) toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma permanente, o b) toda instalación móvil de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma habitual¹⁰.

distintivas y demás derechos de propiedad industrial e intelectual. b) Las máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo. Los bienes (...) quedarán afectos a la hipoteca siempre que se den las circunstancias siguientes: Que sean de la propiedad del titular del establecimiento; que su precio de adquisición esté pagado, y que se hallen destinados de modo permanente a satisfacer las necesidades de la explotación mercantil o industrial». De igual modo es preciso aludir al artículo 22 de la ley de hipoteca mobiliaria en el que se indica que «la hipoteca se extenderá, mediante pacto, a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento cuando concurrieran los dos primeros requisitos exigidos en el párrafo último del artículo anterior. Quedarán a salvo los derechos del comprador, de conformidad con el artículo ochenta y cinco del Código de Comercio, pero el deudor viene obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos del comercio. El acreedor tendrá derecho a inspeccionar el giro y tráfico del establecimiento, en la forma y plazo estipulados, sin estorbar, en ningún caso, su normal desenvolvimiento».

9. Es la Directiva 2011/83/UE por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>.

10. En el Considerando (22) de la Directiva 2011/83/UE se dice que «por establecimiento mercantil debe entenderse todo tipo de instalaciones (como tiendas, puestos o camiones) que sirvan al comerciante como local de negocios permanente o habitual. Si cumplen esta condición, los puestos de mercados y los stands de ferias deben ser tratados como establecimientos mercantiles. La instalación de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma estacional, por ejemplo, durante la temporada turística en una estación de esquí o en una zona de playa, debe considerarse como un establecimiento mercantil, puesto que el comerciante ejerce allí su actividad de forma habitual. Los espacios accesibles al público, como calles, centros comerciales, playas, instalaciones deportivas y transportes públicos, que el comerciante utilice de forma excepcional para su actividad empresarial, así como los domicilios privados o lugares de trabajo no deben considerarse establecimientos mercantiles. El establecimiento mercantil de una persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante (...) debe considerarse establecimiento mercantil a efectos de la presente Directiva».

No cabe duda, por tanto, que la conceptualización del establecimiento surge vinculada con la existencia de una sede física necesaria para que el establecimiento mercantil pueda establecerse. Pero, en paralelo, el establecimiento mercantil proyecta de igual modo una realidad existencial no exclusivamente estática vinculada a su sede física proyectada en la existencia en su interior de instalaciones fijas o permanentes y sí dinámica que se visualiza a través actos y negocios jurídicos que planifican su goce y ejercicio mercantil mediante su explotación y su posible transmisión como un todo orgánico e independiente¹¹.

2. Algunas anotaciones sobre la ejecución procesal del establecimiento mercantil hipotecado

2.1. La personalidad procesal del establecimiento mercantil

La posibilidad de atribuir al establecimiento mercantil la condición de persona procesal posee un ímpetu singular desde la perspectiva de la ley de enjuiciamiento civil cuando, constituido en garantía crediticia y, por tanto, en sujeto de derechos y obligaciones, es objeto de ejecución forzosa. La persona procesal es el establecimiento mercantil contra el que se plantea la ejecución procesal (argumento ex artículo 6 de la ley de enjuiciamiento civil) en la que comparece (argumento ex artículo 7 de la ley de enjuiciamiento civil) la persona contra la que se dirige la demanda ejecutiva en su condición de ejecutada.

La singularidad del establecimiento mercantil como persona procesal proviene de que la ley de enjuiciamiento civil alude al él en tan sólo en una única ocasión dando por supuesto que, con ocasión de la regulación que se contiene en su Capítulo V¹² rubricada «*De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados*», será posible ejecutar la «deuda garantizada con hipoteca sobre establecimiento mercantil» (artículo 691.3. de la ley de enjuiciamiento civil). Referencia que adquiere, a la vez, particular importancia porque da por plenamente válida la normativa que se contiene en la ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria¹³ salvo los preceptos de la misma

11. La consideración del establecimiento mercantil como un todo orgánico e independiente provenía del artículo 89 (regla segunda) de la ley de hipoteca mobiliaria al indicar que «las posturas que se hagan en las subastas serán unitarias por la totalidad de los bienes comprendidos en la hipoteca, sin distribuir entre ellos la cantidad ofrecida». Dependerá, por tanto, de lo que se pacte en la escritura de constitución de la hipoteca mobiliaria para que, la transmisión al mejor postor, contemple al establecimiento mercantil en su aspecto estático reducido tan sólo a algunos de sus elementos o en su aspecto dinámico que refleja su normal explotación.

12. Dentro Título IV de la ley de enjuiciamiento civil rubricada «*De la ejecución dineraria*».

13. Y «*prenda sin desplazamiento de la posesión*».

que, la disposición derogatoria única 2.8º. de la ley de enjuiciamiento civil, declara derogados¹⁴.

Y, de igual modo, no es menos importante que, una regulación que ha pasado prácticamente desapercibida como la normativa que se contiene en la ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria, ubica el establecimiento mercantil en una modalidad de ejecución como la hipotecaria en la que el objeto de la ejecución procesal no es el comerciante —persona física— sino el propio establecimiento mercantil —persona jurídica— con todas las variantes ejecutorias que pueden derivarse de su, en su caso, compleja organización comercial puesto que aun cuando no puede realizar por sí mismo actos procesales, tiene atribuida personalidad procesal para asumir la condición de parte en su ejecución forzosa a través de la persona contra la que se dirige la demanda ejecutiva en su condición de ejecutada¹⁵.

2.2. De la «acción ejecutiva» a la pretensión ejecutiva como diversa de la denominada «acción ejecutiva»

Es verdad que, si el tribunal no lo es todo (o, no es nada) en la realización del derecho que discurra, en su mayor parte, a través de cauces alejados del conflicto, encarna, en cambio, el papel principal en los momentos dramáticos de la «contienda judicial» a que alude el artículo 248.1. de la ley de enjuiciamiento civil ya que, desde esa perspectiva, no cabe la menor duda que difícilmente se puede obviar que, la condición «real» o de derecho real de la hipoteca del establecimiento mercantil, puede anidar en esa «contienda judicial».

No es posible negar que históricamente el desarrollo de un tipo de garantía, como la hipotecaria, supuso desde un principio su adscripción a una determinada categoría de derechos subjetivos. De esta forma y junto a la *fiducia* y el *pignus*, la *hypotheca*, se desarrolló en el Derecho Romano como una forma de garantía real importando poco la naturaleza de los bienes sobre los cuales podía recaer. Lo esencial era que la garantía llegara a realizarse sin que para ello fuera obstáculo la naturaleza de lo que servía de garantía crediticia, mueble o inmueble.

14. La disposición derogatoria única 2.8º. de la ley de enjuiciamiento civil declara derogados «los artículos 82, 83, 84, 85, 92 y 93 de la ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, de 16 de diciembre de 1954».

15. Lorca Navarrete, A. M^a., *La persona procesal civil*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2022.

Lo que explica que la hipoteca se configurara en el Derecho Romano como un *ius in re aliena* en cuanto que despliega toda su fuerza crediticia mediante la garantía que se constituye sobre la cosa de otro revelándose, de esta manera, su concepto como un derecho real limitativo de la propiedad. Así que, su conceptualización, como derecho real se comprueba inmediatamente de la circunstancia de que la hipoteca recae directamente sobre la cosa y que es limitativa de dominio al constituir una restricción del pleno poder jurídico que el sujeto pueda tener sobre ella. Su causa se encuentra en el mismo derecho de propiedad. En la voluntad del propietario de la cosa que hipoteca que, subordina su pleno poder jurídico sobre la cosa hipotecada, en función de la utilidad económica que le reporta el constituirla en garantía del crédito que haya contraído.

Desde este punto de vista, por tanto, y aplicando un criterio analítico al concepto jurídico/real de la hipoteca, ésta se muestra bajo un doble aspecto. En primer lugar, el valor que puede presentar el bien hipotecado que sirve de fundamento a la garantía que se constituya sobre él, pero también y, en segundo lugar, la consideración de carga o gravamen sobre los bienes sobre los cuales recae la hipoteca, en el sentido de su permanencia cualesquiera que sean las personas que figuren como poseedores de los mismos. No cabe duda, pues, que fueron consideraciones de tipo «real» las que desde un principio vinieron a configurar y a delimitar la hipoteca como forma de garantía, y claro está, desde esa perspectiva se explicó y se elaboró todo un sistema jurídico de enorme relieve e importancia también en el ámbito procesal.

Pero, esta proyección exclusivamente «real» del derecho real de hipoteca, comenzó a debilitarse a medida que se buscaba la causa que atribuía fuerza ejecutiva a la garantía que se constituía con la hipoteca. Y se comprendió como, conjuntamente con su justificación «real», no se podía prescindir del derecho de pretender lo que fue objeto de hipoteca mediante el ejercicio de una pretensión ejecutiva en los términos a que alude el artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil aun cuando, en la regulación que se contiene en la ley de enjuiciamiento civil, es habitual que el legislador aluda indistintamente a la que denomina «acción ejecutiva» mediante una inasumible confusión entre la «acción ejecutiva» entendida como derecho subjetivo y la pretensión procesal.

La pretensión ejecutiva (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil), a diferencia de la denominada «acción ejecutiva» que, como derecho del sujeto —o, derecho subjetivo— únicamente se reconoce cuando se procede a la «completa satisfacción del acreedor ejecutante» (artículo 570 de la ley de enjuiciamiento)

to civil¹⁶), permite la entrada en la ejecución forzosa del crédito garantizado mediante la hipoteca de establecimiento mercantil aun cuando el acreedor ejecutante tenga reconocida la titularidad del derecho subjetivo a «exigir el pago» de sus deudas garantizadas mediante hipoteca de establecimiento mercantil pero que sólo lo obtendrá con su «completa satisfacción» (artículo 681.1. y 570 de la ley de enjuiciamiento civil)¹⁷. Reconocimiento que sólo obtendrá con su «completa satisfacción» con la pretensión ejecutiva que, a diferencia de la denominada «acción ejecutiva» conceptuada como derecho subjetivo, es de contenido abstracto al pretenderse mediante su ejercicio únicamente tutela jurisdiccional con «todas las garantías» procesales (artículo 24.2. de la Constitución) con independencia de que ese acreedor tenga reconocida la titularidad del derecho subjetivo a «exigir el pago» de sus deudas garantizadas mediante hipoteca de establecimiento mercantil que —conviene reiterar— sólo lo obtendrá con su «completa satisfacción» (artículo 681.1. y 570 de la ley de enjuiciamiento civil)¹⁸.

La ley de enjuiciamiento civil se siente afligida porque no procede al reconocimiento de la existencia de una pretensión ejecutiva con la que «se podrá pretender de los tribunales», como una de las «*Clases de tutela jurisdiccional*»¹⁹ que anida en su seno normativo, «la ejecución» del crédito garantizado con una hipoteca de establecimiento mercantil (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil) con «todas las garantías» procesales (artículo 24.2. de la Constitución).

Más exactamente lo que hace ley de enjuiciamiento civiles es reconocer que existe una «acción para exigir» ese pago (artículo 681.1. de la ley de enjuiciamiento civil) aun cuando sólo el acreedor ejecutante lo obtendrá con su «completa satisfacción» (artículo 681.1. y 570 de la ley de enjuiciamiento civil). No existe la «acción» como derecho subjetivo a «exigir el pago de deudas garantizadas» mediante hipoteca de establecimiento mercantil porque como tal «acción ejecutiva» únicamente se reconoce cuando se procede a la «completa satisfacción del acreedor ejecutante» (artículo 570 de la ley de enjuiciamiento civil²⁰), a diferencia de la pretensión ejecutiva que regula el artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil que permite la entrada en la ejecución

16. Rubricado «*Final de la ejecución*».

17. Lorca Navarrete, A. M^a. *De la acción a la pretensión procesal*, en Revista vasca de derecho procesal y arbitraje, 1, 2024.

18. Lorca Navarrete, A. M^a. *De la acción a la pretensión procesal*, en Revista vasca de derecho procesal y arbitraje, 1, 2024.

19. Recuerde que el artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil tiene por rúbrica «*Clase de tutela jurisdiccional*».

20. Recuerde, rubricado «*Final de la ejecución*».

forzosa del crédito garantizado mediante la hipoteca de establecimiento mercantil porque el acreedor sólo tendrá reconocida la titularidad de su derecho subjetivo a «exigir el pago» de sus deudas garantizadas mediante hipoteca de establecimiento mercantil cuando obtenga su «completa satisfacción» al ser la pretensión ejecutiva —y es conveniente reiterarlo—, a diferencia de la denominada «acción ejecutiva», de contenido abstracto porque con ella únicamente «se podrá pretender» (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil), mediante su ejercicio, tutela jurisdiccional²¹ con «todas las garantías» procesales para el ejecutado (artículo 24.2. de la ley de enjuiciamiento civil).

Mientras que la denominada «acción ejecutiva», conceptuada por la propia ley de enjuiciamiento civil como una «acción para exigir» —o sea, como «acción ejecutiva» vinculada con el ejercicio de un derecho del sujeto o derecho subjetivo— al pago del crédito garantizado por la hipoteca de establecimiento mercantil (artículo 681.1. de la ley de enjuiciamiento civil), afecta al *iudicando* de la ejecución procesal entablada que no tendrá final, como tal «acción», hasta tanto ese *iudicando* termine con la «completa satisfacción del acreedor ejecutante» (artículo 570 de la ley de enjuiciamiento civil²²), la pretensión procesal afecta al *procedendo* de la ejecución procesal que permite entrar en una de las «Clases de tutela jurisdiccional»²³ que anidan en el artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil con independencia de que el acreedor tenga reconocida la titularidad del derecho subjetivo a «exigir el pago» de sus deudas garantizadas mediante hipoteca de establecimiento mercantil que sólo lo obtendrá con su «completa satisfacción» (artículo 681.1. y 570 de la ley de enjuiciamiento civil)²⁴.

No obstante, resulta sorprendente que el legislador de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil no haya dedicado ni una sola de sus indicaciones a la aportación, ciertamente sobresaliente, que, a nivel metodológico, supone vincular la demanda ejecutiva con el ejercicio de una pretensión procesal. La pretensión procesal ejecutiva se siente afligida ante el posicionamiento de ese legislador²⁵.

21. Lorca Navarrete, A. M^a. *De la acción a la pretensión procesal*, en Revista vasca de derecho procesal y arbitraje, 1, 2024.

22. Recuerde, rubricado «Final de la ejecución».

23. Recuerde que el artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil tiene por rúbrica «Clase de tutela jurisdiccional».

24. Lorca Navarrete, A. M^a. *De la acción a la pretensión procesal*, en Revista vasca de derecho procesal y arbitraje, 1, 2024.

25. Lorca Navarrete, A. M^a. *De la demanda con la que se ejerce el derecho de acción a la demanda con la que se podrá pretender tutela jurisdiccional*, en Revista vasca de derecho procesal y arbitraje, 3, 2024.

Al legislador de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil sólo parece preocuparle, cuando redacta esa exposición, el uso lingüístico de la expresión «pretensión procesal» respecto del uso, igualmente lingüístico, que se puede hacer de la expresión «acción» «y, por ello —dice la exposición de motivos—, no se considera inconveniente, sino todo lo contrario, mantener diversidades expresivas para las mismas realidades, cuando tal fenómeno ha sido acogido tanto en el lenguaje común como en el jurídico. Así, por ejemplo (...), se emplea en unos casos los vocablos «pretensión» o «pretensiones» y, en otros, el de «acción» o «acciones» como aparecían en la Ley [de enjuiciamiento civil] de 1881 y en la jurisprudencia y doctrina posteriores, durante más de un siglo, sin que ello originara problema alguno» (apartado IV de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil).

A tan desafortunadas indicaciones del legislador de la ley de enjuiciamiento civil, se une que ese mismo legislador no diga absolutamente nada en su exposición de motivos acerca de que la pretensión procesal ha de anidar en la demanda a pesar de que la demanda asociada al ejercicio del derecho de acción civil haya terminado claudicando ante la demanda ejecutiva con la que «se podrá pretender de un tribunal» (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil) con «todas las garantías» procesales (artículo 24.2. de la Constitución) la ejecución procesal del establecimiento mercantil (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil).

No es habitual encontrar en los textos que se han utilizado, con el fin de justificar la existencia de la denominada «acción ejecutiva», una expresa indicación a la pretensión procesal ejecutiva entendida como una de las «Clase de tutela jurisdiccional» a que alude el artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil. La doctrina la desconoce. Tengo la impresión de que el artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil es un precepto molesto porque (para muchos) no se sabe bien qué hacer con él²⁶. La pretensión procesal es una realidad normativa in-

26. Para el legislador de la ley de enjuiciamiento civil, la existencia de la pretensión procesal parece originarle problemas que trata de ocultar en disquisiciones semánticas. En efecto, en el apartado IV de su exposición de motivos se puede leer, no sin cierto con asombro, que la ley de enjuiciamiento civil «procura utilizar un lenguaje que, ajustándose a las exigencias ineludibles de la técnica jurídica, resulte más asequible para cualquier ciudadano, con eliminación de expresiones hoy obsoletas o difíciles de comprender y más ligadas a antiguos usos forenses que a aquellas exigencias. Se elude, sin embargo, hasta la apariencia de doctrinarismo y, por ello, no se considera inconveniente, sino todo lo contrario, mantener diversidades expresivas para las mismas realidades, cuando tal fenómeno ha sido acogido tanto en el lenguaje común como en el jurídico. Así, por ejemplo (...) se emplea en unos casos los vocablos «pretensión» o «pretensiones» y, en otros, el de «acción» o «acciones» como aparecían en la ley de 1881 [es la ley de enjuiciamiento civil de 1881] y en la jurisprudencia y doctrina posteriores, durante más de un siglo, sin que ello originara problema alguno».

comprendida. Es un huésped normativo pero que, pese a estar alojado en casa ajena, se encara con la «acción ejecutiva» hasta el punto de cuestionarla²⁷.

Pero, como se comprenderá de inmediato la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la hipoteca, se traslada a otro campo del derecho, en el que el valor procesal de la formulación adquiere la importancia que supone la existencia de una pretensión ejecutiva ante un tribunal que permite, debido a su carácter abstracto²⁸, la entrada en la ejecución forzosa porque, con ella, únicamente «se podrá pretender» (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil), mediante su ejercicio —y es importante reseñarlo una vez más, tutela jurisdiccional con «todas las garantías» procesales para el ejecutado (artículo 24.2. de la ley de enjuiciamiento civil) con independencia de que el acreedor tenga reconocida la titularidad del derecho subjetivo a «exigir el pago» de sus deudas garantizadas mediante hipoteca de establecimiento mercantil que sólo lo obtendrá con su «completa satisfacción» (artículo 681.1. y 570 de la ley de enjuiciamiento civil).

2.3. El establecimiento mercantil en el ámbito normativo de la ley de enjuiciamiento civil

La eclosión, sin excesivo entusiasmo normativo, del establecimiento mercantil en el ámbito de la ley de enjuiciamiento civil, permite adentrarse en aspectos procesales con los que perfilar aún mejor su capacidad como fuente de financiación sustentada en su realidad indiscutiblemente económica en los casos en que se constituye sobre el mismo una garantía hipotecaria al cobijo de la ley de hipoteca mobiliaria y en los que irrumpe el hipotecante que no ha contraído deuda alguna (es el denominado «hipotecante no deudor») para obtener financiación con el dinero que obtenga de la constitución de la hipoteca mobiliaria a diferencia del también llamado «hipotecante deudor» que sí contrae una deuda con la que justificar la constitución de la hipoteca mobiliaria del establecimiento mercantil sin perjuicio de la existencia del denominado «tercer poseedor» al que alude el propio legislador de la ley de hipoteca mobiliaria al aludir a las que denomina «desviaciones que se han considerado necesarias y que son impuestas por la propia naturaleza de las cosas objeto de garantía» que prohíben «al deudor vender los bienes hipotecados sin consentimiento del acreedor» y que «tiene su fundamento en que no es indiferente para éste la persona del tercer

27. Lorca Navarrete, A. M^a., *De la acción a la pretensión procesal*, en Revista vasca de derecho procesal y arbitraje, 1, 2024.

28. Lorca Navarrete, A. M^a., *De la acción a la pretensión procesal*, en Revista vasca de derecho procesal y arbitraje, 2, 2024.

poseedor de los bienes muebles, ya que éstos exigen un cuidado y un celo especiales, muy superiores al de los inmuebles, para asegurar su conservación y el mantenimiento de su valor». Emerge, entonces, de las aguas no siempre mansas de la hipoteca del establecimiento mercantil, un nuevo sujeto al que se denomina «tercer poseedor» que es la persona que adquiere, de conformidad con el artículo 4 de la ley de hipoteca mobiliaria, los bienes hipotecados. O sea, con el consentimiento del acreedor (artículo 81 de la ley de hipoteca mobiliaria) ya que el deudor hipotecario no puede enajenar los bienes hipotecados sin el consentimiento del acreedor (artículo 4 de la ley de hipoteca mobiliaria).

Como se comprenderá, a la complejidad surgida de las dificultades derivadas de la proyección económica del establecimiento mercantil como fuente de financiación mediante la garantía hipotecaria que sobre el mismo se constituya, se une la diversidad de actores que pueden intervenir con ocasión de su ejecución forzosa. No es de extrañar, por tanto, que su aproximación a la norma procesal se muestre igualmente afligida no ya porque se ha procedido a derogar los procedimientos que permitían su realización forzosa en el modo en que específicamente se regulaban en la propia ley de hipoteca mobiliaria como también porque la ejecución forzosa del crédito garantizado por un establecimiento mercantil si bien es objeto en la vigente ley de enjuiciamiento civil, «a diferencia de la de 1881», de «una regulación unitaria, clara y completa» (apartado XVII de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil), esa supuesta referencia a la unidad, claridad y completitud de la ejecución procesal del establecimiento mercantil es tan sólo una alegoría normativa.

Esa ausencia de unidad, claridad y completitud de la ejecución procesal del establecimiento mercantil se acentúa desde el momento en que la ley de enjuiciamiento civil «dedica un capítulo especial» a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados ²⁹ que no obstante y según la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil, «supone un avance respecto de la situación precedente ya que, en primer lugar, se lleva a la ley de enjuiciamiento civil la regulación de los procesos de ejecución de créditos garantizados con hipoteca, lo que refuerza el carácter propiamente jurisdiccional de estas ejecuciones, que ha sido discutido en ocasiones; en segundo término, se regulan de manera unitaria las ejecuciones de créditos con garantía real, eliminando la multiplicidad de regulaciones existente en la actualidad; y, finalmente, se ordenan de manera más adecuada las actuales causas de suspensión de la ejecución, distinguiendo las que constituyen verdaderos supuestos de oposición a la

29. Es el que se regula en el Capítulo V rubricado «De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados» dentro del Título IV de la ley de enjuiciamiento civil rubricada «De la ejecución dineraria».

ejecución (extinción de la garantía hipotecaria o del crédito y disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor), de los supuestos de tercería de dominio y prejudicialidad penal, aunque manteniendo, en todos los casos, el carácter restrictivo de la suspensión del procedimiento»(apartado XVII de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil).

Pero, por lo pronto, la ley de enjuiciamiento civil realiza una aclaración que posiblemente no haya necesitado de una expresiva indicación normativa como es la relativa a que la pretensión ejecutiva para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca de establecimiento mercantil «podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados» (artículo 681.1. de la ley de enjuiciamiento civil) puesto que lo que resulta evidente, desde la perspectiva de la norma procesal, es que sin el reconocimiento de la existencia de una pretensión ejecutiva no es posible la realización forzosa de la garantía hipotecaria alguna ni, por tanto, tampoco es posible exigir el pago de deudas garantizadas con una hipoteca de un establecimiento mercantil.

No obstante, queda claro que el ejercicio de la pretensión ejecutiva a exigir el pago de deudas garantizadas con una hipoteca de un establecimiento mercantil únicamente puede plantearse ante un tribunal mediante las normas que se regulan en el Capítulo V rubricado «*De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados*» dentro del Título IV de la ley de enjuiciamiento civil rubricada «*De la ejecución dineraria*» (artículo 682.1. de la ley de enjuiciamiento civil) como, de igual manera, queda también resuelto que, partir de la normativa que se regula en la ley de enjuiciamiento civil, sólo va a existir un único tramite procesal de ejecución con el que acreedor hipotecario puede pretender la realización procesal de su crédito eliminando por derogación las diversas posibilidades que la ley de hipoteca mobiliaria proporcionaba al acreedor hipotecario para hacer efectivo el crédito garantizado mediante hipoteca de un establecimiento mercantil, frente al hipotecante tanto deudor como no deudor, así como frente al tercer poseedor del bien hipotecado como sujetos más directamente implicados en la ejecución procesal y que, tanto unos como otros, podrán disponer de medios de tutela procesal de sus derechos.

No obstante, y sin desdeñar el proceso de ejecución que diseña la ley de enjuiciamiento civil con el que hacer efectivo el crédito garantizado mediante hipoteca de un establecimiento mercantil, el acreedor hipotecario puede pretender la declaración de su crédito mediante juicio ordinario siempre que el importe de la cuantía del crédito que se ha garantizado supere los quince mil euros (artículo 249.2. de la ley de enjuiciamiento civil), como medio para obtener un título ejecutivo, cuando la entrega del dinero, objeto del préstamo hipotecario, se ha formalizado no en escritura pública, sino en acta notarial.

En tal caso, el rigor formal de la ley de enjuiciamiento civil impide que el acta notarial lleve aparejada ejecución no sólo por ser una hipótesis excluida de la ley de hipoteca mobiliaria³⁰, sino además por tratarse de un título que no lleva aparejada ejecución (artículo 517 de la ley de enjuiciamiento civil) o cuando la hipoteca mobiliaria se constituya en garantía de cuentas corrientes de crédito o para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador y no se ha procedido al trámite de su constitución mediante escritura pública (artículo 7 de la ley de hipoteca mobiliaria y 153 y 154 de la ley de hipoteca inmobiliaria).

En San Sebastián, dieciséis de abril de 2024

30. El artículo 3 de la ley de hipoteca mobiliaria establece que la hipoteca mobiliaria se constituirá en escritura pública y se inscribirá en el Registro que la misma ley establece. A lo que se añade que «la falta de inscripción de la hipoteca en el Registro privará al acreedor hipotecario de los derechos que, respectivamente, les concede» la ley de hipoteca mobiliaria.

XII | Una institución procesal ante la realidad: bases teóricas sobre la embargabilidad de activos digitales

Fernando Martín Diz¹

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. UN ANTECEDENTE PERSONAL 2. EL EMBARGO: CLAVE DE BÓVEDA DE UNA EJECUCIÓN EFICAZ. 2.1. CONCEPTUALIZACIÓN. 2.2. EMBARGAR: TODO UN ARTE PROCESAL. 3. EL PRESENTE: Y EL FUTURO ANTE NUEVAS REALIDADES ECONÓMICAS. 3.1. DELIMITACIÓN DE LOS CRIPTOACTIVOS: CARACTERIZACIÓN 3.1.1. Concepto. 3.1.2. Tipos 3.1.3. Condicionantes. 3.2. INTERPRETAR Y APLICAR LAS NORMAS VIGENTES PARA HABILITAR LA EMBARGABILIDAD DE CRIPTOACTIVOS. 3.2.1. Procesalmente y a efectos de ejecución forzosa: ¿a qué equivale un criptoactivo? 3.2.2. ¿Es susceptible de embargo? 3.2.3. Aspectos procedimentales en el embargo de criptoactivos. 3.2.4. ¿Cómo garantizar el embargo de un criptoactivo? 4. A MODO DE EPÍLOGO: UN SEÑUELO. 5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. Un antecedente personal

Me van a permitir una licencia personal, la ocasión lo merece. Hace algunas décadas, ¡cómo pasa el tiempo!, cuando decidía la materia sobre la cual realizar mi tesis doctoral, mi maestra, la siempre recordada y añorada profesora Calvo Sánchez, conocedora de mi predilección —en aquellos tiempos— por las cuestiones procesales civiles, me preguntó acerca de mis preferencias temáticas. Desde mi inexperiencia y desconocimiento de candidato predoctoral, y ni siquiera aún proyecto de modesto procesalista, le comenté que me atraían mucho los temas relacionados con la ejecución forzosa civil, como el embargo o el apremio. La respuesta no se hizo esperar: Fernando, en esos temas hay poco que hacer ya, están las obras del profesor Manuel Cachón sobre el em-

1. El presente trabajo es resultado de la actividad investigadora desarrollada como investigador en el Proyecto de Investigación (I+D+i), Subvenciones Programa PROMETEO 2024 para grupos de investigación de excelencia del Gobierno de la Generalitat Valenciana titulado: «Justicia sostenible en estado de mudanza global», Ref: CIPROM 2023-64 GVA. IP: Silvia Barona Vilar

bargo² (posteriormente conocería, en mi trabajo predoctoral, también la del profesor Carreras Llansana) y del profesor Just Franco sobre el apremio³, hemos de pensar en otra materia. Carmina, encontró rápidamente la solución, sin dejar de lado mi propuesta: hay un procedimiento de ejecución forzosa especial que tiene algo de lo que a ti te atrae, embargo y apremio, es la ejecución hipotecaria sobre bienes inmuebles. El resto de mis antecedentes procesales en materia de ejecución forzosa son modestamente conocidos.

Conviví con la extensa y excelsa monografía del profesor Cachón sobre el embargo⁴ durante años, siempre encima de mi mesa junto al ordenador, e inseparable de las ya citadas de los profesores Carreras y Franco. Siempre fue una referencia para mí, pero aún lo fue más cuando conocí al profesor Cachón en persona, de quien tanto me había hablado la profesora Calvo, de él, de su maestro el Profesor Ramos, del Profesor Franco y de la escuela procesalista formada por ellos. Y he de decir que, si mi admiración por el profesor Cachón era máxima desde el punto de vista profesional, aún lo fue, lo ha sido, y espero que lo siga siendo por muchos años, mayor, cuando le conocí y le he tratado personalmente. Su inmensa sabiduría envuelta de una modestia inusual en nuestros tiempos, su dedicación a temas procesales nucleares y su contribución a que desentrañemos los nudos históricos y los antecedentes de nuestra disciplina, merecen el mayor de los reconocimientos. Modestamente trato de contribuir, en este momento de reconocimiento a su brillante e impecable carrera profesional, docente e investigadora, con la osadía de tratar de analizar el embargo desde una perspectiva sintética y, en la medida de lo posible, futurista, abordando unas sintéticas bases conceptuales que permitan adaptar el embargo, en su regulación vigente, a las novísimas realidades tecnológicas que en materia de activos inmateriales supone la irrupción de los criptoactivos y las criptomonedas.

2. El embargo: clave de bóveda de una ejecución eficaz

El embargo, como actuación procesal en el ámbito de los procesos de ejecución forzosa civil, es básicamente un acto de retención, que no transfiere propiedad ni derechos más allá de trabar un bien a resultados del desarrollo de una ejecución forzosa en la cual, llegado el momento, pueden tener que acordarse actos de disposición y realización del bien retenido como elemento imprescindible para el cumplimiento de la obligación no atendida voluntariamente por

2. CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, Librería Bosch, Barcelona, 1991

3. FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio*, Librería Bosch, Barcelona, 1987

4. CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957

el obligado. Una retención provisional de bienes materiales, condicionada a las resultas de una ejecución forzosa civil cuyo objetivo es la satisfacción de legítimos derechos de crédito de quien se ha visto compelido a su exacción en sede jurisdiccional, por vía sustitutiva y coercitiva, ante el incumplimiento del deudor. Y una retención de bienes, en sus diversas formas jurídicas —inmuebles o muebles— pero siempre vinculados a una materialidad. Circunstancia esta última que no ostentan los que serán objeto de análisis particular en el presente trabajo: los criptoactivos.

2.1. Conceptualización

Embargar, como acción de la que trae causa un embargo, consiste, según la definición del *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, en retener, en virtud de mandamiento judicial, un bien que queda sujeto a las resultas de un procedimiento o juicio, introduciendo ya, en esta definición común, uno de los elementos del embargo como es la jurisdiccionalidad. Bien es cierto que esta exigencia ha sido matizada en las vigentes disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil tanto por lo establecido en el art. 551.3, dictado auto por el juez en el que se despacha ejecución deriva en el letrado o letrada de la Administración de Justicia dictar decreto en el cual, si fuere posible, se acuerde el embargo de bienes, como en el art. 587.1 LEC, el embargo se entenderá hecho desde que se decreta por el letrado de la Administración de justicia. Más técnicamente, el *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, también de la Real Academia Española, define el embargo como la traba de bienes para afectarlos a la ejecución de una resolución administrativa o judicial.

Según el profesor Cachón, el embargo⁵ etimológicamente encuentra su origen en el latín bajo o tardío con la aparición del verbo *imbarricare*, entre cuyos significados se encuentran los de impedir, estorbar u obstaculizar. Posteriormente, según indica, en algunos textos legales de la Edad Media, en particular el Código de las Siete Partidas, los términos embargar y embargo son utilizados en sentido genérico. En nuestro derecho histórico, y desde ese precedente, comienza a ser usado en sentido técnico-jurídico como retención judicial de un bien para sujetarlo a las resultas de un proceso, y que se ha prolongado ininterrumpidamente hasta nuestros días con su última expresión en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Todo ello le confiere, indudablemente, su condición de institución procesal con una serie de notas distintivas. El Profesor

5. CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, op.cit., pp. 22 y ss.

Cachón determina en su obra⁶, como notas distintivas del embargo las siguientes:

- a) Es una actividad jurisdiccional, como actividad netamente procesal y enmarcada en un procedimiento judicial y dentro de un proceso. De ahí su naturaleza jurídico procesal
- b) Es uno de los actos fundamentales del proceso de ejecución singular pecuario, sin negar la posibilidad de que aisladamente, en el contexto de una ejecución general puedan contemplarse actos de significación similar
- c) El embargo ejecutivo —diferenciado por tanto del embargo cautelar— consiste en «una declaración de voluntad mediante la cual determinados bienes, que se consideran pertenecientes al ejecutado, se afectan o adscriben a la actividad de apremio que ha de realizarse en el mismo proceso de ejecución del que forma parte el embargo», de la cual se detraen por parte del autor una serie puntos:
 - 1. Se afirma la estructura simple y unitaria del embargo ejecutivo, por cuanto su único acto integrante es la declaración jurisdiccional de afectación y unitario en cuanto que es común a todos los supuestos de embargo ejecutivo civil.
 - 2. Determina la vinculación jurídica de determinados y concretos bienes a la subsiguiente actividad de apremio
 - 3. El embargo ejecutivo es de naturaleza procesal y relacionado con el proceso de ejecución civil forzosa
 - 4. La exigencia de especificidad o particularidad del embargo ejecutivo, recayendo sobre bienes determinados e individualizados, siendo estos bienes una parte o todo el patrimonio de la persona que sufre el embargo
 - 5. Inembargabilidad de determinados bienes, no pudiendo ser embargables todos los elementos patrimoniales, existiendo unas condiciones y requisitos de embargabilidad.
 - 6. El embargo ha de atender igualmente al cumplimiento de una serie de requisitos formales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil y que habilitan realizar la traba, así como una serie de actos preparatorios del mismo.
 - 7. La verificación del embargo no garantiza la subsistencia del mismo, dado que, por una serie de causas, los efectos derivados de la traba pueden desaparecer o sufrir menoscabo, pudiendo adoptarse una serie de medidas, legalmente contempladas, de aseguramiento del embargo.

6. CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, op.cit., pp. 26 y ss.

Es endémica la indefinición legal del embargo en nuestras normas procesales. Estando regulado actualmente en el Capítulo Tercero de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, no se contempla en su articulado definición del mismo, reiterando la catalogación de institución procesal civil, en su vertiente específica de embargo ejecutivo, que a través de una actuación jurisdiccional, mediante resolución, determina la aprehensión y trabaja de bienes de una persona con el fin de facilitar el cumplimiento forzoso de una obligación cuyo deudor no ha atendido voluntariamente en tiempo y forma y que conlleva la actuación procesal del acreedor para obtener coactivamente la satisfacción de sus derechos (generalmente de crédito, y sustitutiva y subsidiariamente mediante un cumplimiento por equivalente pecuniario en obligaciones distintas de las de entregar cantidad de dinero, esto es: entregar cosa distinta de dinero, hacer o no hacer).

2.2. Embargar: todo un arte procesal

Una vez definido el embargo⁷ y señalados sus elementos configuradores, realmente el embargo supone un acto procesal complejo, que trae causa de una serie de situaciones preprocesales —incumplimiento de una obligación— y que deriva en una actividad procesal coercitiva que parte de un requerimiento de pago (o cumplimiento) al deudor, la presentación de una demanda de ejecución y el señalamiento de una serie de bienes —si los conoce el ejecutante— para asegurar el pago de la deuda (o el cumplimiento satisfactivo de la obligación), un eventual despliegue de medidas de averiguación y localización de bienes, si no ha sido posible designarlos por el ejecutante o se consideran insuficientes, una resolución procesal que declara el embargo de los mismos y una posterior actividad de apremio sobre ellos para satisfacer al acreedor ejecutante. Al fin y al cabo, la expresión de que respecto a las obligaciones inatendidas se ha de responder con el patrimonio del deudor.

Llevar a efecto un embargo requiere, si se me permite la expresión y es la idea que subyace en el título del epígrafe, del despliegue de una artesanía procesal, casi de orfebre, para conseguir bienes, dinero o derechos susceptibles de realización, de propiedad del deudor ejecutado a través de las medidas y actuaciones procesales previstas legalmente, y que puedan detraerse de su patrimonio para, apremio de por medio, hacer efectivo el crédito o la obligación que reclama el acreedor ejecutante y cuya ejecución forzosa ha ordenado el juzgado competente. Siempre dentro de las premisas y limitaciones a la embargabili-

7. Una visión actualizada y con una perfecta visión teórico-práctica puede obtenerse en el trabajo de RUÍZ DE LA FUENTE, C., *El embargo*, Atelier, Barcelona, 2024

dad general de bienes, ya sean limitaciones absolutas —bienes de dominio público—, relativas o parciales —inembargabilidad de la totalidad del sueldo o salario—, humanitarias o profesionales —bienes o enseres para la supervivencia con dignidad o desempeño de la actividad profesional—, e incluso ante la carencia de valor económico y transaccional de determinados bienes u objetos.

Por tanto, como ya hemos destacado en la conceptualización del embargo como institución procesal y reiteramos al final del párrafo precedente, no todo bien o derecho es embargable. Hay límites y condiciones. Hay bienes que, por su naturaleza, configuración o destino, no pueden quedar afectos a una ejecución forzosa por una imprescindible protección de otros derechos, intereses o situaciones de mayor rango jurídico o tutela, incluso de carácter constitucional al afectar incluso a derechos fundamentales. Y hay, finalmente, nuevas realidades negociales, nuevos bienes, en una sociedad que evoluciona, sobre los cuales ya se plantea tanto a nivel teórico como práctico, en los propios juzgados y tribunales, su embargabilidad. A uno de ellos, de los más recientes, dedicaremos el siguiente apartado analizando desde las premisas fundamentales que caracterizan el embargo ejecutivo de un bien, su viabilidad jurídico procesal para esta finalidad: los criptoactivos.

Retomando esa metáfora del arte de embargar bienes, el correlato procesal prevé una inicial designación por parte del acreedor ejecutante y un posterior requerimiento, por parte del Letrado de la Administración de Justicia mediante diligencia de ordenación, al ejecutado para señalar y manifestar bienes y derechos en caso de que no haya podido efectuarse anteriormente o de manera insuficiente para satisfacer la cuantía de la ejecución forzosa (art. 589 LEC). Aun así, incluso, a instancias del ejecutante que no pueda designar bienes suficientes para el fin de la ejecución puede acordarse, por el Letrado de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación, efectuar una investigación del patrimonio del ejecutado, de acuerdo con las previsiones del art. 590 LEC. Además, no podrán embargarse bienes, por el propio alcance objetivo y la suficiencia del embargo, cuando su valor exceda de la cantidad por la que se ha despachado ejecución, salvo que en el patrimonio del ejecutado sólo existan bienes de valor superior a esa cantidad y su afección resulte necesaria (art. 584 LEC).

Trabar un embargo puede tener su origen en una previsión de las partes, quienes, mediante acuerdo —antes o durante la ejecución— pueden, respetando la autonomía privada —art. 1255 del Código Civil— señalar bienes siempre que no sean inembargables. De no ser así, la propia LEC establece que sea el tribunal quien fije el orden de los embargos en la relación de posibles bienes atendiendo a dos criterios: mayor facilidad de su enajenación y menor onerosidad de ésta para el ejecutado. Y en defecto de todo lo anterior, el art. 592.2 dispo-

ne un orden de prelación en la realización de los correspondientes embargos de bienes al ejecutado.

El embargo de bienes se establece por tanto sobre bienes y derechos determinados e individualizados, no es indiscriminado, ni puede ser excesivo respecto del patrimonio del ejecutado, siendo nulo, por tanto, por disposición legal (art. 588.1 LEC) el embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste. Y, además, sobre bienes del patrimonio del ejecutado. De no ser así, el embargo será nulo, cuando recae como señala el art. 588 LEC, sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste. En igual sentido, la Ley no limita la cantidad de bienes a embargar más allá de los necesarios para cumplir con la cuantía por la cual se ha despachado ejecución forzosa, excluyéndose —arts. 584 LEC— aquellos cuyo valor previsiblemente excede de dicha cantidad, a no ser que en el patrimonio del ejecutado sólo existieran bienes de estas características, siendo en este caso imprescindible afectarlos a las resultas de la ejecución forzosa. Incluso la inicial valoración de la suficiencia de bienes embargados en relación con la cantidad por la cual se ha despachado ejecución forzosa es susceptible de variación a lo largo del procedimiento, a través de mecanismos como la sustitución, la mejora o la reducción del embargo, para que el valor de lo embargado sea lo más acorde posible a la cuantía del despacho de ejecución y las posibles fluctuaciones de valoración de bienes siempre en garantía del buen fin de la ejecución.

¿Y cuándo se entiende logrado el objetivo de trabar el bien mediante embargo ejecutivo?, el corolario a toda la actividad procesal de localización y delimitación de bienes embargables, según lo determina el art. 587 LEC, tiene lugar cuando se decreta por el Letrado de la Administración de Justicia o se reseñe la descripción de un bien en el acta de diligencia de embargo, aunque, como precisa el precepto legal de referencia, no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba. Embargado un bien o derecho, disponemos de un presupuesto de validez para posteriores actos procesales en la ejecución, como puede ser el apremio. Cabe recordar que el embargo no priva de la titularidad del bien al ejecutado, ni de ciertos poderes de disposición del mismo, pero siempre condicionados a la existencia de esta traba que retiene el bien en su patrimonio a disposición de una ejecución forzosa coactiva que puede realizarse sobre dicho bien, teniendo en cuenta que el art. 613 LEC habilita al ejecutante para instar la realización del bien embargado y con ello lograr la satisfacción de sus derechos.

Con estas sintéticas bases estructurales sobre la institución procesal del embargo, disponemos de sustrato legal para aplicar su factibilidad a nuevas realidades y nuevos tiempos con nuevos bienes y nuevos derechos, y poder discernir su embargabilidad y la posibilidades de traba en una ejecución forzosa cuando

el acreedor o la actividad de manifestación de bienes del deudor e, incluso, las medidas de averiguación señalan, por ejemplo, que el deudor ejecutado dispone en su patrimonio de criptoactivos, realidad tangible y de valor económico, pero que no figura en la relación de bienes y derechos de la vigente LEC como bien susceptible de embargo. ¿podríamos embargar criptoactivos?, ¿son bienes embargables o inembargables?.

3. El presente: y el futuro ante nuevas realidades económicas

El avance social y tecnológico alumbran constantemente soluciones de nuevo cuño que, en nuestro caso con una LEC de ya más de dos décadas de antigüedad, eran impensables. La aparición y asentamiento económico de divisas digitales, no físicas ha abierto un nuevo terreno, casi desconocido y prácticamente inexplorado procesalmente, a la sustentación patrimonial de un nuevo bien: los criptoactivos. En definición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, una serie de criptomonedas o criptodivisas que representan digitalmente un valor o derechos, siendo activos pero que no existen de forma física. En ellas encuadran manifestaciones sobradamente conocidas ya como los bitcoins, Ethereum, Polkadot, Solana, Tether o los NFT. Definición que a nivel tecnológico y económico-jurídico complementa la ofrecida por el Banco de España⁸ indicando que se trata de «activos digitales privados que dependen de la criptografía y de las tecnologías de registro distribuido (DLT, por sus siglas en inglés) o similares»

Nos encontramos, por tanto, ante unos bienes o derechos con carácter de activo económico digital, no físico, y que patrimonialmente son objeto de propiedad privada pero que nuestra LEC no contempla expresamente en su listado de bienes embargables aunque en la realidad integran el patrimonio de personas y son objeto de transacciones económicas con un valor económico referenciado. Y hemos de adaptar nuestra norma, en ausencia de regulación, a esta situación, para lo cual, como indicábamos al principio, las bases estructurales del embargo, sus condiciones y exigencias son la referencia analógica comparativa que nos va a permitir dilucidar sobre la embargabilidad de los criptoactivos. Procede, por tanto, una interpretación teleológica⁹ de las normas procesales reguladoras del embargo, desde una previa delimitación conceptual de

8. BANCO DE ESPAÑA, *Informe de Estabilidad Financiera*, Apartado E Criptoactivos. primavera 2022, pp. 149-ss.

9. Partiendo de la referencia que significa en esta cuestión el art. 3.1 del Código Civil, enunciando los diferentes elementos a considerar en la exégesis de las normas, refiere en su parte final que las normas se interpretarán atendiendo al espíritu y finalidad de estas. Este es precisamente la filosofía que subyace en la interpretación teleológica, atendiendo a la finalidad perseguida por la norma.

los criptoactivos y la determinación de sus características y tipos. Recordemos, en este punto, que, por un lado y conforme al art. 4.1 del Código Civil, nos encontramos con ausencia de regulación legal relativa a la embargabilidad de criptoactivos como supuesto específico, pero si encontramos regulación de otros semejantes —activos de valor monetario— entre los que se encuentra identidad de razón. Analógicamente encontramos identidad de razón, por cuanto ante una laguna de ley aplicable podemos acudir, en la LEC, a supuestos similares que sí están contemplados. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2003, respecto de la analogía determina que: «no presupone la falta absoluta de una norma, sino la previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto»; condicionando la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, además de que la norma que se pretende aplicar, por su identidad de razón con el supuesto sea lo suficientemente expansiva, interpretada correctamente en su finalidad, hasta el punto de permitir esa aplicación, tratándose siempre, tal y como recomendó la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988 de una «operación jurídica delicada que exige medida, ponderado, meditado y cuidado uso».

3.1. Delimitación de los criptoactivos: caracterización

3.1.1. Concepto

Estamos por tanto ante bienes o derechos que presenta dos características fundamentales y, que, condicionan su valoración procesal a efectos de su embargabilidad: se trata de activos digitales —no físicos— y que tienen un valor económico. Como definen NARAIN y MORETTI¹⁰, el término criptoactivo se refiere a un espectro amplio de productos digitales que se emiten de forma privada con tecnología similar (criptografía y, a menudo, registros distribuidos) y que se pueden almacenar y comercializar utilizando principalmente billeteras digitales y bolsas ... en esencia, los criptoactivos son meramente códigos almacenados, a los que se accede electrónicamente. Pueden, o no, contar con respaldo de garantía física o financiera. Su valor puede, o no, estabilizarse mediante su vinculación al valor de monedas fiduciarias u otros precios o artículos de valor».

10. NARAIN, A., y MORETTI, M. *La regulación de los criptoactivos*, Fondo Monetario Internacional, <https://www.imf.org/es/Publications/fandd/issues/2022/09/Regulating-crypto-Narain-Moretti>

Los criptoactivos son activos digitales, entendidos como elementos tecnológicos, no físicos, que poseen un derecho de uso asociado, creado, almacenado y usado digitalmente y que tiene un valor, puede identificarse y ser propiedad de alguien. Un dato fundamental, a los efectos que interesan respecto a su embargabilidad es, por ello, que los activos digitales pueden ser valorados, en términos monetarios —criptomonedas, NFT, tokens respaldados por activos y bienes raíces tokenizados— o intangibles. A ello ha de vincularse necesariamente el blockchain, por cuanto es el elemento que hace circular y valorizar los activos digitales, siendo un activo que se puede comprar y vender —por tanto, transferir— y que gracias a esta tecnología de cadena de bloques permite generarlos, transferirlos e incluso darles valor a través de su tokenización, dado que se respaldan en un registro y con un código (dato importantísimo de cara al embargo al ubicarse un lugar en el cual podrían trabarse), en lugar de en archivos digitales comunes. A través de blockchain, los activos digitales pueden ser transferidos y almacenados en la cadena de bloques y verificados de forma descentralizada, configurando elementos intangibles —digitales, pero no físicos— con valor monetario, que representan digitalmente un derecho o activo y que garantiza la no duplicidad de la identidad digital del archivo. Cada criptomoneda, por ejemplo, cada bitcoin, es individualizable, identificable y está almacenado en un registro con un código único, lo cual asigna una propiedad y un valor, que constatan un elemento patrimonial susceptible de embargo.

De este modo cada activo digital, por ejemplo, cada criptomoneda, se vincula a una cadena de bloques que registra todas las transacciones relacionadas con el mismo, al tokenizarse —conversión de derechos en elemento digital con un valor— se facilita su almacenamiento y gestión a través de blockchain u otros sistemas de tecnología de contabilidad distribuida (DLT). La cadena de bloques de una criptomoneda, por ejemplo el Bitcoin, genera un almacenamiento de datos descentralizado, no está en un único ordenador o servidor, a través de una cadena permanente en la que van reflejándose todas y cada una de las transacciones efectuadas, donde cada nuevo bloque se basa en los anteriores e impide que estos se puedan modificar, individualizándolo mediante un código.

3.1.2. Tipos

El concepto de criptoactivos, o de activos digitales, es por tanto muy amplio, está en constante evolución y es difícil determinar de forma exhaustiva e invariable los diferentes tipos existentes. A efectos de una hipotética embargabilidad destacamos los siguientes:

- Criptomonedas: monedas digitales descentralizadas y que se sirven de la criptografía para garantizar la seguridad de las transacciones y controlar la creación, distribución y almacenamiento de nuevas unidades. Dispo-

- nen, generalmente, de un valor convertible a moneda de uso legal y son aceptadas en muchas transacciones comerciales y entre particulares. Entre ellas se encuentran: Bitcoin, Ethereum, Polkadot, Solana o Ripple
- Stablecoins: se trata de una serie específica de criptomonedas diseñadas para mantener un valor estable, generalmente vinculadas a una moneda fiduciaria como el dólar estadounidense o a materias primas como el oro. Son los casos de: Tether (USDT), USD Coin (USDC) y Dai.
 - Tokens de utilidad (utility tokens); constituídos por tokens emitidos durante una oferta inicial de monedas que representan acceso futuro a un producto o servicio específico dentro de una plataforma blockchain y por ello disponen de un valor económico de intercambio, son los casos, por ejemplo, de: Filecoin, BAT (Basic Attention Token) y Golem.
 - Tokens de seguridad (security tokens): archivos digitales de activos financieros tradicionales como acciones, bonos o bienes raíces, respaldados por tanto por activos monetarios o patrimoniales físicos o reales y que están sujetos a regulación financiera, como pueden ser también tokens respaldados por oro o vinculados a viviendas, inmuebles, etc.
 - Tokens coleccionables: Activos digitales utilizados para representar activos digitales únicos como arte digital o música que pueden tener un valor precisamente por ser una creación única. Es el caso de los tokens no fungibles (NFT).

3.1.3. Condicionantes

Ahora bien, sobre todos ellos, y otros no relatados anteriormente, se ciernen muchas dudas y recelos precisamente por el tipo de bien que representan, digital, etéreo, no físico y volátil. Muchos de ellos especulativos y con fluctuaciones repentinas y extremas. De ahí que no sean aceptados como elemento de pago o intercambio en la mayoría de las transacciones y que, ante el vacío legal en su regulación, sean observados con muchos recelos por las autoridades de supervisión monetaria y financiera, además de ser utilizados, en algunos casos, con fines incluso delictivos en el ámbito de la cibercriminalidad por las dificultades en su rastreo, identificación y asignación de propiedad. Ciertamente los criptoactivos se mueven en un terreno legal de relativa indefinición lo que conlleva una ausencia de protección, por cuanto la mayoría de los criptoactivos y la venta de productos o servicios relacionados con estos no están regulados.

La mayoría de ellos no presentan valores establecidos por cuanto su cotización o valor se basa en la demanda y ello puede derivar en la inexistencia o insuficiencia de bienes o activos que los respalden a un valor tangible. Igualmente se han presentado situaciones de manipulación en el mercado de criptoactivos, en la determinación de sus precios y la ejecución de transacciones en las plataformas a través de las cuales se gestionan. A efectos procesales y de eventual

determinación de su valor para un embargo —y calcular su suficiencia—, y en supuestos en que la posesión de determinados criptoactivos está muy concentrada, puede que no se pueda llevar a cabo la venta del criptoactivo con la rapidez necesaria y condicione con ello su liquidez y precio, además incluso de poder no encontrarse interesados en su adquisición.

Además, existen incluso riesgos en relación con la propia tenencia y propiedad de un criptoactivo por cuanto son frecuentes los problemas operativos y de seguridad con los mismos. La tecnología de registro distribuido sobre los cuales se sostienen y gestionan los criptoactivos presenta brechas en la custodia de estos activos digitales, no solo por ciberataques a las plataformas en las que se alojan, sino por la pérdida de las claves que los propietarios tienen para determinar su custodia y titularidad y que son, en definitiva, el elemento que asigna su tenencia y que sería preciso, llegado el momento, para proceder al embargo del criptoactivo.

3.2. Interpretar y aplicar las normas vigentes para habilitar la embargabilidad de criptoactivos

Los activos digitales o criptoactivos (criptomonedas y otros tipos antes referidos) no aparecen contemplados en la lista específica, por ejemplo, del art. 592.2 LEC, en relación con el orden de práctica de los embargos, y por tanto con la condición de bienes embargables, ni tampoco encajan, inicialmente, como posibles bienes inembargables de los arts. 605 y 606 LEC, con alguna duda, quizá *prima facie*, en relación a la previsión de inembargabilidad del art. 605.3.º LEC en cuanto a una posible carencia, por sí mismos, de contenido patrimonial, circunstancia que entendemos queda resuelta de la exposición realizada en los apartados precedentes y que, al menos, en los casos de las criptomonedas, los stablecoins, los NFT, los tokens de utilidad y los tokens de seguridad parece evidente su contenido y valor patrimonial¹¹, pese a los diversos matices que puedan realizarse sobre su carácter inmaterial, volatilidad, fluctuaciones o liquidez.

3.2.1. Procesalmente y a efectos de ejecución forzosa: ¿a qué equivale un criptoactivo?

Es conveniente, también, determinar que los criptoactivos no pueden entenderse de inicio a ningún efecto, tampoco procesal, como dinero en efectivo, ni

11. Sirva como ejemplo que a día de cierre de este trabajo, 29 de septiembre de 2024, un bitcoin tiene un valor de 59004,98 euros

como moneda de curso legal ni como otro bien monetario. Presentan importantes diferencias, de todo tipo, con ellos como expresión de instrumentos monetarios tradicionales frente a activos digitales como las criptomonedas, configuradas como medio de intercambio digital que utilizando técnicas de encriptación determina el establecimiento y seguimiento de unidades monetarias y verifica transferencias financieras con un valor convertible de respaldo (por ejemplo, su valor equivalente en euros o dólares). Como expresa con meridiana claridad el Banco de España¹² «el dinero cumple tres funciones básicas, ser unidad de cuenta, medio de intercambio y depósito de valor. Y se presenta fundamentalmente en dos medios: efectivo físico y saldos de depósitos bancarios representados de forma electrónica». Circunstancias muy diferentes a lo que implica un criptoactivo como hemos reseñado con anterioridad.

Puede traerse a colación, en este punto, la propia doctrina del Tribunal Supremo¹³ (Sala de lo Penal, Sentencia de 20 de junio de 2019) estableciendo que, por ejemplo, el bitocin no se puede equiparar al dinero, ni puede tener esa consideración legal, a efectos de responsabilidad civil, al tratarse de un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica, denominada en este caso bitcoin, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de la plataformas de trading Bitcoin, por tanto como elemento de intercambio o contraprestación en cualquier transacción bilateral en que los contratantes lo acepten. Recuérdese que, en general, el precio o valor de los criptoactivos fluctúa, no es fijo, universal ni unitario, y depende del concreto coste del intercambio realizado. Justifica la sentencia, en lo que aquí interesa que «en modo alguno es dinero, o puede tener tal consideración legal, dado que la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, indica en su artículo 1.2 que por dinero electrónico se entiende solo el «valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago según se definen en el artículo 2.5 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico».

Así las cosas, también es incuestionable que muchas personas, físicas y jurídicas, disponen de criptoactivos y, por tanto, de activos digitales valorizables patrimonialmente que pueden ser susceptibles de satisfacer una obligación requerida por un acreedor en un proceso civil de ejecución forzosa, mediante

12. BANCO DE ESPAÑA, *Informe de Estabilidad Financiera*, cit., p. 150

13. Referencia ECLI:ES:TS:2019:2109

su embargo y apremio. De hecho, se constata como, por ejemplo, la Agencia Tributaria plantea ya el desarrollo legislativo (en fase de Anteproyecto de Ley aprobado por Consejo de Ministros el pasado 17 de septiembre para cumplir la transposición de la Directiva Europea 2011/16/UE, conocida como DAC8) de la posibilidad de proceder al embargo de criptoactivos que sean de propiedad de deudores tributarios, mediante una reforma de la Ley General Tributaria que proceda a reconocer de manera expresa a las criptomonedas entre los bienes susceptibles de sufrir embargos, vinculadas a las tecnologías de registro de criptoactivos.

Recurriendo nuevamente a la interpretación analógica de la norma consideramos que la convertibilidad de los criptoactivos que tienen un valor económico o monetario los asimila, en defecto de regulación específica en la LEC, y por identidad de razón con la previsión del art. 592.2.2º LEC como créditos y derechos, títulos y valores o instrumentos financieros admitidos a negociación en mercados secundarios de valores y que constan en un activo digital siendo realizables en el acto o a corto plazo —mediante su conversión a moneda o valor de curso legal respecto de los cuales la mayoría de ellos cotizan o están referenciados—. La inmaterialidad de los criptoactivos, y su consideración de activo digital no físico, no creemos que sea impedimento para su embargabilidad en ningún caso, más aún por su constancia en registros electrónicos garantizados por cadenas de bloques, tal y como hemos explicado anteriormente.

Incluso podríamos acudir a la consideración de dinero o moneda virtual en el caso de las criptomonedas, como subespecie de los criptoactivos, tal y como se establece a estos efectos en el ámbito fiscal y en relación a su cómputo de acuerdo al art. 24 de la ley que regula el Impuesto sobre el Patrimonio, considerando que se entiende por «moneda virtual», según el art. 1.5 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo como «aquella representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente». En este sentido, a efectos fiscales, se consideran, a efectos fiscales, como «bienes inmateriales, computables por unidades o fracciones de unidades, que no son moneda de curso legal, pero que se utilizan como medio de pago al poder ser intercambiados por otros bienes, incluyendo otras monedas virtuales, derechos o servicios si se aceptan por la persona o entidad que transmite el bien o derecho o presta el servicio. Al tener contenido económico las monedas virtuales como el resto de los bienes de los que sea titular el sujeto pasivo del Impuesto sobre el Patrimonio deben ser declarados».

3.2.2. *¿Es susceptible de embargo?*

Teóricamente podemos acometer la tarea de valorar si un criptoactivo cumple los requisitos básicos para ser susceptible de embargo. Para ello acudimos en primer lugar a la doctrina ya referida del profesor Cachón delimitando las notas características del embargo ejecutivo y relacionándolas con una eventual situación de embargabilidad de activos digitales.

En primer término, precisaría lógicamente de una actividad jurisdiccional, y por tanto de una resolución en el marco de un proceso que acordase la práctica del embargo de un criptoactivo, resolución que podría adoptarse tras el auto del juez en que procede a dictar orden de ejecución contra el deudor y por parte del Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto tal y como se establece en el art. 551.3.1º LEC

En segundo lugar, la posible traba de criptoactivos se consignaría como acto fundamental de un proceso de ejecución singular pecuniario frente a un deudor ejecutado que disponga en su patrimonio de dichos activos digitales que puedan servir para satisfacer la pretensión de ejecución del acreedor ejecutante.

En relación con el tercero de los basamentos que ofrecía el profesor CACHÓN CADENAS como nota distintiva del embargo está su diferenciación del embargo cautelar en cuanto a que, respecto a los criptoactivos, embargarlos supondría una declaración de voluntad que toma la consideración de pertenencia al ejecutado afectándolos al aprecio que va a realizarse seguidamente. Embarga un criptoactivo se producirá en un único acto que lo declara y lo vincula jurídicamente de forma concreta a un subsiguiente apremio.

Como cuarto elemento configurador se constata que los criptoactivos son especificables y particularizables, generalmente como unidades determinadas e individualizadas, y por tanto perfectamente reseñables dentro del patrimonio del ejecutado.

En quinto lugar, no aparecen contemplados expresamente y ni siquiera por analogía, como susceptibles de inembargabilidad.

Además, como sexta condición, pueden cumplirse los requisitos formales que establece la LEC y que habilitan realizar la traba, así como los actos preparatorios de la misma. Y, en último término, verificado un embargo sobre criptoactivos no se garantiza de manera irrevocable su subsistencia, pudiendo desaparecer o sufrir menoscabo —por ejemplo, ante una reducción del valor del criptoactivo por sus fluctuaciones—.

3.2.3. Aspectos procedimentales en el embargo de criptoactivos

Una vez hemos constatado la embargabilidad de criptoactivos, queda por dilucidar los aspectos procedimentales que se pueden presentar en la práctica de la traba de un activo de estas características. Como veremos, muchas de las situaciones, se mueven aún en el terreno de la incertidumbre y las posibilidades reales y efectivas de practicarlas desde la aseveración de que son bienes tangibles que generan derechos de propiedad y por tanto transferibles y realizables sobre dicho derecho de propiedad.

Ahora bien la gestión de criptoactivos se suele concentrar en lo que se denominan «wallets», o billeteras, como elemento que permite poseer y administrar criptoactivos, con lo que será preciso que el decreto que ordena el embargo se realice frente al deudor titular de los criptoactivos con el deber de éste de facilitar e informar sobre la identificación de la billetera en que están depositados los activos digitales así como de la clave privada de acceso y gestión a cada uno de ellos —sin lo cual no puede gestionarse el criptoactivo—, para posteriormente, llegado al apremio proceder a la realización del criptoactivo en el servicio o plataforma en que se aloja, pagando al acreedor después de su conversión en moneda legal de acuerdo a la orden de ejecución dictada por el órgano jurisdiccional.

El problema radica en que la clave privada de gestión de un criptoactivo es única y sólo la conoce su titular, y si se transfiere, por ejemplo, a un tercero, incluso enviada la orden de embargo, podría hacer baldío el embargo, no pudiendo reclamar el criptoactivo salvo la interposición de una tercería. Una posible solución sería impetrar intimar y requerir al titular del criptoactivo para facilitar dicha clave, o bien al titular del servicio o plataforma electrónica en donde se depositan las criptomonedas para que proceda al bloqueo de dicha clave privada que permite la transferencia del bien, circunstancia de muy compleja realización práctica al encontrarse con problemas de identificación del servicio o la plataforma o su localización en territorio no nacional y, en muchas ocasiones, en paraísos fiscales o países con regímenes muy opacos al respecto. Podría valorarse igualmente, para lograr el buen fin de la ejecución, la posible imposición de multas coercitivas al deudor, mediante decreto del Letrado de la Administración de Justicia, si este no facilita dicha clave de acuerdo con lo previsto en el art. 589.4 LEC y sin perjuicio de la posible deducción posterior de responsabilidad penal por no colaborar con el buen fin de la ejecución —tal y como prevé el art. 258 CP—.

El ejecutado en cumplimiento de lo previsto en el art. 589, y la preceptiva manifestación de bienes, ya sea a instancia del ejecutante o consecuencia de la investigación patrimonial encargada por el Letrado, deberá facilitar, por tanto,

dicha clave privada, que es la que efectivamente hace operativo el criptoactivo a efectos de su transferencia o conversión en moneda de curso legal. Incluso puede tener que activarse el mecanismo de investigación del patrimonio del ejecutado que regula el art. 590 LEC a cargo del Letrado de la Administración de Justicia mediante diligencia de ordenación, con la problemática de que al tratarse de activos digitales son realmente códigos almacenados en plataformas electrónicas o en carteras digitales, siendo la primera modalidad la que se conoce como de «almacenamiento en frío» y la segunda, al estar en una cadena de bloques» conocida como «almacenamiento en caliente»¹⁴. Ante ello: ¿a quién se dirige el Letrado de la Administración de Justicia? La norma de cobertura, art. 590 LEC, prevé que pueda requerir a entidades financieras, que no suelen ser depositarias ni almacenistas de este tipo de activos, organismos y registros públicos —también descartados— y personas físicas y jurídicas que el ejecutante designe, expresando sucintamente las razones por las que estima que esa persona dispone de información, en nuestro caso, respecto a un criptoactivo.

Es verdaderamente compleja llevar a la práctica esta situación, ya sea a propuesta del ejecutante como cuando el propio Letrado de la Administración de Justicia, pueda obtener por sí mismo los datos, por la opacidad, transnacionalidad y condicionado acceso a estas plataformas electrónicas o a los sistemas de cadena de bloques que permiten conocer la existencia de estos activos y su gestión. Muchas de las plataformas que generan y gestionan estos criptoactivos se encuentra en paraísos fiscales o alojadas en servidores informáticos de muy difícil localización física, impidiendo poder obtener colaboración y auxilio judicial internacional al respecto. Nos encontramos por tanto ante una enorme

14. Matizan perfectamente la diferencia entre unas y otras RUIZ-RICO RUIZ, J.M., y RUÍZ-RICO ARIAS, R., «Criptomonedas: cuestiones sobre titularidad, gestión y sucesión hereditaria de las criptomonedas en el Derecho español», *Diario La Ley*, núm. 80, sección Ciberderecho, enero 2024, señalando que «una billetera caliente o una *hot wallet* es el espacio donde se almacenan las criptomonedas del inversor. Este espacio se mantiene conectado a internet en todo momento. Es como una billetera virtual que permite enviar, recibir y administrar los activos digitales (criptos, tokens, nft's); es como tener dinero en efectivo guardado en un bolsillo: se puede acceder a él en cualquier momento y gastarlo cuando lo necesite el sujeto. De manera similar, una *hot wallet* permite al interesado tener sus criptomonedas a mano y utilizarlas en transacciones diarias de manera ágil. La diferencia principal con las *cold wallets* o monederos fríos, es que las *hot* o billeteras calientes se mantienen conectadas a internet en todo momento, cosa que no sucede con las *wallets* frías. La característica definitoria de cualquier billetera caliente es que está conectada a Internet. En lo que respecta a facilidad de instalación y acceso, esta es un área en la que las billeteras calientes llevan la delantera. Proporcionan acceso a las cripto del inversor donde quiera que estén, mientras se tenga una conexión a internet, y, a diferencia de las mejores billeteras frías, no tiene que preocupar el sujeto de llevar contigo un dispositivo de almacenamiento físico. Pero esta accesibilidad *on line* también hace a las billeteras calientes más vulnerables a los ciberataques y al robo. Las billeteras frías (también conocidas como billeteras de almacenamiento en frío) son carteras estrictamente sin custodio, es decir, que son controladas exclusivamente por su propietario usando las claves privadas. Lo más importante es que las billeteras frías no están conectadas a Internet, por lo que no conllevan los mismos riesgos de potenciales ciberataques a los que podría tener que hacerse frente usando una billetera caliente».

dificultad que, salvo que se encuentre depositados el almacenes o plataformas informáticas alojadas en España, condiciona el conocimiento de su existencia salvo que el ejecutante manifieste expresamente su existencia y facilite el código de acceso y gestión de los criptoactivos afectados, sin perjuicio del esgrimible tenor literal del art. 591 LEC y el deber de colaboración en actuaciones de ejecución.

Más aún, cuando la titularidad patrimonial de un criptoactivo prácticamente solo se puede acreditar mediante la exhibición del código que identifica a cada criptoactivo y habilita su gestión en la plataforma o billetera electrónico-digital correspondiente. Esa gestión se anuda a un funcionamiento en cadena de bloques (blockchain) identificando cada bloque con su código llamado «hash», código único para ese bloque en esa cadena y que permite identificar ese bloque al usuario en la cadena de bloques y gestionarlo a partir de la utilización posterior de su clave privada. Téngase presente, además, que habitualmente se adquieren dichas criptomonedas desde direcciones electrónicas o seudónimos que se utilizan por personas físicas o jurídicas para su adquisición o para enviar y recibir pagos con las mismas, sin que ello revele de manera directa e inequívoca la identidad de los usuarios. No obstante las plataformas que gestionan este tipo de activos digitales almacenan dichas transacciones y las direcciones de las billeteras hacia las cuales van las adquisiciones y operaciones en una especie de libro de contabilidad digital compartido, pudiendo llegarse a poder averiguar determinados datos para determina la identidad de individuos o direcciones web vinculadas a un criptoactivo, especialmente en los casos de aquellos criptoactivos, generalmente criptomonedas, que obligan a los clientes a proporcionar datos y pruebas de identidad como requisito para acceder a sus sitios electrónicos y servicios. Incluso pudiera llegarse al caso en que sea procedente el rastreo de una dirección IP que acredite la conexión de un dispositivo que autorizó la compra o la transacción con criptoactivos con la plataforma o almacén en que se gestionan y vincularlas a un determinado individuo, empresa, etc, si se comprueba que es el titular del ordenador cuya dirección IP autorizó las transacciones, requiriendo para ello, consideramos, resolución jurisdiccional expresa para la intervención de dichas comunicaciones.

Sin duda, son problemas y retos que han de acometerse para el embargo de criptoactivos al enfrentarnos ante valores digitales basados en el anonimato y la descentralización. El manejo de criptoactivos, particularmente de criptomonedas como el Bitcoin, se basa en la posesión de una billetera electrónica (wallet) desde donde se realizan las operaciones de compra y venta de estos activos digitales, llevando asociado un número de identificación asignado a la cuenta y no a la identidad del usuario. Por ello, las transacciones en estos mercados se efectúan directamente entre usuarios, entre emisor y receptor, sin intervención de terceros y generalmente de forma descentralizada a través de

la tecnología de cadena de bloques (blockchain), cuestionándonos incluso si los juzgados disponen de tecnología y cobertura, técnica y legal, para gestionar y operar con plenas garantías en el embargo y apremio de criptoactivos bajo estas condiciones. Para realizar transacciones con este tipo de activos, es necesariamente disponer de una billetera (wallet), por tanto, el juzgado debería disponer de una, además de contar con la clave privada de gestión del criptoactivo —que debería facilitar u obtenerse del ejecutado—, tanto para trabar el embargo como para realizar su apremio, sabiendo, en el caso de la transmisión además el número de billetera del receptor y dentro de un sistema de cadena de bloques.

3.2.4. *¿Cómo garantizar el embargo de un criptoactivo?*

La consideración de valor patrimonial de un criptoactivo, pese a su carácter digital e inmaterial, ha quedado reflejada en apartados precedentes, habilitando con ello su embargabilidad. ¿Cómo asegurar el embargo en estos casos? La referencia legal la encontramos en el art. 623 LEC y de nuevo la necesidad de acomodo interpretativo a las peculiaridades de este tipo de bienes. Debería notificarse el embargo a quien resulte obligado al pago —ejecutante— y a la entidad tenedora al tratarse de un bien redimible o amortizable a voluntad del tenedor o propietario. De ahí la importancia de disponer judicialmente de la clave privada que habilita su transferencia, para con ello evitar su transmisión excepto en caso de apremio y realización a los fines de la ejecución despachada. La identificación de la billetera electrónica, ya sea en su modalidad, definida anteriormente, de billetera caliente o fría, sería el primer paso a partir del cual, mediante el uso de la clave privada de gestión del criptoactivo, que suele ser un conjunto de aproximadamente 12 palabras en inglés, y que sirve como contraseña de encriptación, permitiría acceder a gestión y transmisión de las criptomonedas de la billetera. Dicha clave privada va asociada a la titularidad de los activos asociados a dicha cartera y habilitan su gestión, permitiendo el acceso y las transacciones que determine el titular. Sin esa clave privada no es posible el acceso y gestión de los criptoactivos que tenga dicho titular en su billetera digital, sin que sea posible tampoco acceder a las mismas desde un servidor —no se almacenan— ni acceder a la clave privada encriptada que solo conoce el titular. Además, el anonimato que es consustancial a la tenencia de dichas billeteras digitales dificulta sobremanera probar su titularidad y con ello, por ejemplo, que el juzgado pueda acreditarla y con ello ordenar el embargo.

Además, dicha notificación, cuando fuere posible dentro de las peculiares circunstancias tecnológicas que se asocian a la gestión de estos valores digitales, deberá indicar la obligación de retención del criptoactivo, a disposición del tribunal, por su valor o importe. Notificación, que en interpretación analógica

del art. 623.3 cumplirá remitir a los administradores de la plataforma electrónica de intercambio de este concreto criptoactivo —si se hubieran identificado fehacientemente— para que estos, en su caso puedan informar al tribunal en relación a la existencia de pactos de limitación a la libre transmisión de este tipo de valores o cualquier otra cláusula que afecte a los valores digitales objeto de embargo.

4. A modo de epílogo: un señuelo

Son evidentes las dificultades para la traba de criptoactivos, sin perjuicio de que ha quedado acreditado su valor económico, su carácter de valor convertible a moneda de tráfico legal, su naturaleza de bien inmaterial y su condición de elemento patrimonial de su titular. Y como tal, como elemento patrimonial con un valor, susceptible de embargo y apremio. A partir de esta consideración inicial, topamos con la ausencia de regulación y previsión en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la consideración de bien embargable y el procedimiento para el embargo de activos digitales. Analógicamente hemos señalado, tomando como punto de partida la doctrina del profesor Cachón sobre el embargo, la embargabilidad de los criptoactivos y las posibles actuaciones procesales dentro de un proceso de ejecución forzosa para lograr una traba efectiva de los mismos. Evidentemente, cualquier reforma legal de futuro que aborde la cuestión será bienvenida, más aún con el imparable desarrollo y progresión que están adquiriendo, día a día, este tipo de activos: criptomonedas, NFT's, tokens, etc.

5. Bibliografía básica

- CACHÓN CADENAS, M., «Designación de bienes a efectos de embargo», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1982, pp. 98-106
- CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, Librería Bosch, Barcelona, 1991
- CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957
- FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio*, Librería Bosch, Barcelona, 1987
- JIMÉNEZ SERRANÍA, V., «Criptoactivos y mercado: contextualizando el Reglamento MiCA», *Fodertics 12.0 Innovación legal y eficiencia digital*, dir. F. Bueno de Mata, coord.. I. González Pulido, Comares, Granada, 2024, pp. 429-441
- NADAL GÓMEZ, I., «Ejecución forzosa y blockchain: panorámica general con especial atención a las monedas virtuales», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 112, 2021, pp. 313-374
- NAVAS BLANQUEZ, J.J., «El embargo y decomiso de criptomonedas en el Espacio Judicial Europeo», *Revista de Estudios Europeos*, Núm. Monográfico extraordinario 1, 2023, pp. 349-383

RUIZ DE LA FUENTE, C., *El embargo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2024

RUIZ-RICO RUIZ, J.M., y Ruíz-Rico Arias, R., «Criptomonedas: cuestiones sobre titularidad, gestión y sucesión hereditaria de las criptomonedas en el Derecho español», *Diario La Ley*, núm. 80, sección Ciberderecho, enero 2024

SÁNCHEZ BARRIOS, M., CUEVAS CASTAÑO, R, SÁNCHEZ BARRIOS, J.L., y GÓMEZ CASTAÑO, M.A.. *Embargo de bienes*, Ed. Jurúa, 2016

XIII | Suspensión de la ejecución civil por prejudicialidad civil. Un problema sobre reglas procesales, excepciones explícitas y excepciones implícitas¹

Carlos de Miranda Vázquez²
Profesor Lector de Derecho Procesal
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: PREVIO. PALABRAS DE HOMENAJE Y AGRADECIMIENTO PARA EL PROFESOR. 1. UN CASO REAL (COMO PUNTO DE ARRANQUE). 2. EL PROBLEMA. 3. ANATOMÍA DEL ART. 565 LEC. 4. LAS EXCEPCIONES EXPLÍCITAS A LAS REGLAS DEL ART. 565 LEC. 5. ¿OTRAS EXCEPCIONES EXPLÍCITAS EN LA LEC? 6. EL DILEMA. 7. PRIMERA (POSIBLE) RESPUESTA: DENEGACIÓN SIN PALIATIVOS. 8. SEGUNDA (POSIBLE) RESPUESTA: LA SITUACIÓN ES INDISCUTIBLEMENTE INJUSTA. 9. TERCERA (POSIBLE) RESPUESTA: HAY LAGUNA, PERO POR DESCUIDO DEL LEGISLADOR. 10. TOMA DE POSTURA. 11. BIBLIOGRAFÍA

Previo. Palabras de homenaje y agradecimiento para *el Profesor*

Recuerdo, con emoción, el verano de 2020. Diversas vicisitudes en mi trayectoria universitaria condujeron a que se propusiera al *Profesor*³ mi incorporación al área de conocimiento de Derecho Procesal de mi querida *Universitat Autònoma*

1. El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado «Retos del Derecho Procesal» (2021SGR00991) de la AGAUR, del Proyecto I+D «Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio» (PID2020-115304GB-C21) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación, ambos liderados por el profesor Picó i Junoy, y del Proyecto I+D «Derecho correcto. Criterios de corrección en la práctica jurídica» (PID2023-146061NB-I00) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación, liderado por el profesor García Amado.

Asimismo, este trabajo es fruto de la estancia de investigación que he realizado en el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Buenos Aires, en los meses de julio y agosto de 2024, sobre la temática «Exceso ritual manifiesto (sobre la derrotabilidad de las reglas procesales)».

2. Quiero agradecer de forma especial las observaciones críticas que me han efectuado los profesores Joan Picó Junoy, Rafael Hernández Marín, Juan Antonio García Amado, Victoria Iturralde Sesma, Víctor García Yzaquirre y Pedro Rebollo Díaz.

3. Así es generalmente conocido el homenajeado en su entorno académico.

noma de Barcelona (en adelante, UAB). No lo dudó un momento. Me abrió las puertas de par en par. Con generosidad y afecto. Y ese mismo mes de septiembre comencé mi andadura docente allí. Nunca podré expresar suficientemente mi agradecimiento hacia su persona. Supuso mi regreso a la vida universitaria y por la puerta grande, de una gran institución, lo que hizo que se renovara en mí la vocación por el oficio académico.

Desgraciadamente, la pandemia de la COVID-19 dejó tras de sí muchas huellas amargas. Cuento, entre ellas, las complicaciones de salud del *Profesor*, que le apartaron paulatinamente de las aulas y de su amada vida universitaria. Eso supuso que ya no coincidiéramos, apenas, en los pasillos de la Facultad, y me impidió acceder a sus vastos conocimientos de forma presencial y directa. Afortunadamente, se pudo suplir, en parte, tal carencia con la lectura de sus obras y con los grandes conocimientos que atesoran sus discípulos y compañeros míos del área de conocimiento, a quienes profeso un gran admiración personal e intelectual.

A decir verdad, antes de 2020 apenas había coincidido con *el Profesor*. No obstante, una de esas pocas ocasiones la recuerdo con gran nitidez. Me refiero al 15 de abril de 2012. Con la cooperación imprescindible de mi maestro, el profesor Picó, organicé un seminario de profesores de Derecho Procesal que impartió *el Profesor*. El título fue «El origen y la docencia del Derecho Procesal en España». Me descubrió al genial BECEÑA⁴ y me presentó —algo que, para mi vergüenza, reconozco que ignoraba— el árbol genealógico de la procesalística española moderna hasta llegar a mi maestro. Su relato fue cautivador. Su erudición es tan vasta como elogiada es su oratoria. Me hubiese pasado horas escuchando las vicisitudes de nuestros antepasados procesalistas⁵.

Esta faceta de historiador del *Profesor* me ha llamado siempre la atención. Historiadores hay muchos, lo sé. Y del Derecho, también. Incluso del Derecho Procesal. Lo que me fascina de su estilo es el rigor exacerbado que muestra al volcar el resultado de sus investigaciones. Es minucioso, detallista, y exhaustivo. Todo lo que afirma se encuentra finamente documentado. Hay, detrás de sus obras de historia de la procesalística moderna, innumerables horas de inmersión en archivos, bibliotecas y centros de documentación. Labor ardua, lo sé bien por experiencia familiar, y sumamente ingrata, que exige incontables esfuerzos para poderse cobrar una pieza, a veces mayor, las más de las veces

4. Lo que me llevó a leer luego la obra del Profesor, Francisco Beceña, *Un procesalista de primera hora*, edit. Atelier, Barcelona, 2017.

5. Para mayor disfrute de su audiencia, algún tiempo después, vieron la luz dos obras sumamente destacadas: *Historias de procesalistas, universidades y una Guerra Civil (1900-1950)* (edit. Dykinson, 2012) y *Otras historias de procesalistas y del proceso* (edit. Dykinson, 2022).

exigua. Es un investigador de la cabeza a los pies. De los que uno no puede hacer más que admirarse y aprender.

Otro aspecto del *Profesor* que quiero destacar aquí es su condición de auténtico *Maestro*. Con mayúsculas. Un género que ya no se estila en nuestros tiempos contemporáneos, salvo algunas gloriosas excepciones. Con abnegada dedicación a sus discípulos, según me han referido todos ellos, al relatarme mil anécdotas de sus tiempos de investigación doctoral y postdoctoral, bajo la guía del *Profesor*. Esto es, en mi modesta opinión, lo más valioso de la vida universitaria. La relación maestro discípulo. Aprender de los que saben —muchísimo— con el propósito de que, al cabo de los años, se transmita ese acervo de conocimientos a las generaciones que vengan. Desafortunadamente, esto se ha perdido en gran medida en nuestra sociedad actual, en la que no se valora esa transmisión oral de la sapiencia de los mayores a los menores.

Pero, con todo y ser virtuoso *el Profesor* en todo cuanto he dicho, lo que más me ha cautivado siempre de su personalidad es su humildad y su afecto sincero. Se dice que los verdaderamente sabios son los más sencillos. En el caso del *Profesor* es así. Es un hecho notorio su excelencia como procesalista. Su gran talla intelectual. Y, a la par, son indiscutibles su llaneza y su modestia. Lo atestiguo yo y lo manifiestan todos sus discípulos, y quienes fueron compañeros suyos de docencia en la UAB. Y, aún más que esto, *el Profesor* es una persona cálida, afectuosa y, siempre, siempre, sonriente, a pesar de que, en algunos momentos, sobre todo de los últimos años, su delicado estado de salud podría haber propiciado lo contrario. Además de ser un grandísimo procesalista —para mí esto queda en un segundo plano—, es, por encima de todo, una excelente persona. Espero que su ejemplo haya prendido fuertemente en mí tras estos maravillosos años por las aulas de Bellaterra.

Profesor, muchas gracias, por su magisterio, en todos los sentidos expresados, y, por adelantado, por lo mucho que aun aprenderé de Usted en los años venideros.

Concluyo este preámbulo con una justificación, a la que me siento obligado. También constituye un hecho notorio que uno de los ámbitos de nuestra disciplina donde *el Profesor* más ha contribuido es el de la ejecución. Me atrevo a afirmar, sin disparatar mucho —creo—, que hablar en España de proceso de ejecución es evocar, automáticamente, desde luego en mi caso, la prolífica obra del *Profesor*. Pues bien, tratándose esta obra de un homenaje a su reluciente figura, creí oportuno tratar, en mi muy modesta contribución, de un tema de ejecución. Pero debo reconocer que lo hago con ciertas reservas porque no es un campo en el que me sienta excesivamente cómodo. Sin embargo,

me hace ilusión hablar de ejecución para rendir homenaje al *Profesor*. Así que espero que él me disculpe y, también, por qué no, el lector de esta gran obra.

Unas últimas líneas —estas sí, las definitivas— para agradecer, de corazón, a todos mis compañeros del área de Derecho procesal de la UAB que están implicados en la ardua labor de coordinar, editar y, en definitiva, sacar adelante esta hermosa empresa, que me hayan invitado a participar. En realidad, quiero mencionar a todo el equipo humano de procesal de mi querida UAB. Les doy las gracias por el trato dispensado desde el primer minuto de mi andadura por Bellaterra. Claro que, como dice el refrán, no es de extrañar su calidad humana, pues de *tal palo, tal astilla*.

1. Un caso real (como punto de arranque)

Además de las obligadas exigencias de sigilo a la hora de identificar a los protagonistas de la historia, me veo forzado a modificar levemente el relato para facilitar su comprensión, pues el escenario real es sumamente enrevesado.

Hace unos pocos años, *el grupo societario A* y *el grupo societario B* andaban en pleitos en relación con la explotación de varios establecimientos de ocio nocturno y restauración. En algún momento, iniciaron conversaciones en pos de la paz, que fructificaron en un acuerdo transaccional. Ambos bandos desistían de diversos litigios civiles y *el grupo societario A* asumía pagar al *grupo societario B* una nada desdeñable cantidad de dinero.

A la cabeza del *grupo societario B* se encontraba un individuo que actuaba como administrador de hecho y de Derecho.

Al cabo de poco tiempo, *el grupo societario A* descubrió que, para el tiempo en que se suscribió el acuerdo transaccional, *el grupo societario B* se encontraba en concurso de acreedores y tenía nombrado un administrador concursal que nada supo de la firma de dicho negocio.

El grupo societario A adoptó dos decisiones estratégicas. La primera, impugnar el acuerdo transaccional ante los juzgados de lo mercantil. La segunda, no pagar la elevada suma a la que se había obligado en virtud del acuerdo transaccional cuya ineficacia ahora perseguía ante los tribunales.

Con respecto de esta última postura del *grupo societario A*, la reacción del *grupo societario B* no se hizo esperar e instó la ejecución del acuerdo transaccional que gozaba de la condición de título ejecutivo extrajudicial, al haber sido autorizado por notario. La ejecución se despachó por un juzgado de pri-

mera instancia de otro partido judicial distinto. Y de forma bastante ágil reca-
yeron numerosos embargos sobre diversos activos del grupo societario A difi-
cultando la progresión empresarial del mismo, habida cuenta el muy elevado
monto que se recogía en la orden general de ejecución.

Grupo societario A rápidamente se dispuso a solicitar ante el juzgado de pri-
mera instancia la suspensión de la ejecución, arguyendo que la validez del títu-
lo ejecutivo pendía de un proceso del que conocía un juzgado mercantil. La
ejecución no podía proseguir de ningún modo atendido que basculaba sobre
un título ejecutivo previsiblemente nulo, o, cuanto menos, anulable. Su objeti-
vo inmediato era la suspensión de las actuaciones ejecutivas y el levantamiento
de los embargos, que estaban asfixiando *al grupo societario A*.

2. El problema

El *grupo societario A* argumentó ante el juzgado de primera instancia que, en
tanto el juez mercantil no se pronunciara sobre la afirmada ineficacia del con-
trato transaccional, o lo que es lo mismo en este caso, del título ejecutivo ex-
trajudicial, la ejecución debía quedar inmediatamente en suspenso, en aras a
evitarle perjuicios empresariales, y económicos en últimas. En pocas palabras,
adujo el *grupo societario A* que se trataba de un claro caso de prejudicialidad
civil con respecto del proceso de ejecución. Incluso más: la demanda ejecutiva
del *grupo societario B* era de todo punto contraria a la más elemental exigencia
de buena fe, a tenor de lo dispuesto por el art. 247 LEC. Y si bien se despachó
ejecución por ignorar el juzgado de primera instancia la artimaña del *grupo
societario B*, ahora que se había desvelado el fraude procesal, la ejecución de-
bía quedar en suspenso sin dilación.

Añádase, como razón adicional esgrimida por el *grupo societario A*, que la
afirmada falta de validez jurídica del acuerdo transaccional no resulta oponible
como motivo de oposición, a tenor de lo contemplado en el apartado 1º del
art. 557 LEC.

La respuesta judicial recibida por el *grupo societario A* fue simple: a tenor de lo
dispuesto por la LEC, la prejudicialidad civil no constituye causa de suspensión
de la ejecución⁶. Por consiguiente, no existía óbice procesal para su prosecu-
ción.

6. Aunque se trate de otro litigio, valga la respuesta ofrecida por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17ª, en su reciente sentencia nº 19/2024, de 19 de enero (ECLI:ES:APB:2024:88A).

3. Anatomía del art. 565 LEC

Tratándose de la suspensión del proceso civil de ejecución, debe localizarse qué precepto se ocupa de ello. Ciertamente, son varios los que se consagran a este asunto. Sin embargo, de todos ellos destaca uno, por ser, en mi opinión, el principal. Me refiero al art. 565 LEC.

Y digo que se me antoja el principal porque su rúbrica es de todo punto elocuente en este sentido: *«Alcance y norma general sobre suspensión de la ejecución»*. Se nos anuncia que a esta norma se le concede ser la clave de arco de bóveda de toda la regulación de la suspensión de la ejecución civil.

El art. 565 LEC contiene dos apartados. Sólo el primero de ellos me parece relevante a los efectos que nos ocupan. El segundo trata, principalmente, del mantenimiento de las medidas de aseguramiento de los embargos, en tanto perdure la suspensión.

Circunscrito nuestro objeto de interés al primero de los dos apartados, conviene prestar atención a su fórmula:

«Sólo⁷ se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución».

Se trata de un único enunciado jurídico, que, en mi opinión y desde el punto de vista estrictamente semántico⁸, es prescriptivo⁹. Esto es, constituye una orden o mandato que puede ser obedecido o desobedecido, cumplido o incumplido, eficaz o ineficaz¹⁰. Y su destinatario, pese al carácter impersonal de la formulación lingüística de dicho enunciado, es el órgano judicial¹¹, de modo que considero que se trata de un enunciado jurídico prescriptivo secundario¹².

7. El sentido del adverbio *sólo* es el de la locución *si y sólo si*. Introduce una condición necesaria y suficiente.

8. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, 2002 [1998]: 209.

9. Se podría dudar de que fuese meramente asertivo (HERNÁNDEZ MARÍN, 2002 [1998]: 209-210) (y que, por tanto, solo puede ser verdadero o falso), consagrado a dar cuenta de una realidad procesal material: «en los procesos de ejecución civil la ejecución solo se suspende cuando la Ley lo ordena de modo expreso o así lo acuerdan todas las partes personadas en la ejecución». En cambio, me inclino a pensar, con convicción, que no se trata de un tipo de discurso cualificatorio, en tanto que no se atribuye una calificación a cierta entidad (y, por ende, tampoco es una definición legal) (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012a: 59).

10. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, 2012a: 50.

11. Sin que sea este el lugar adecuado para discutir acerca de si el destinatario del mandato es el juez o más bien el letrado de la administración de justicia.

12. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, 2012a: 339-340.

Profundicemos en el sentido literal, analizando el referido enunciado desde una perspectiva pragmática. En este sentido, atisbo que el enunciado concernido se encuentra integrado por dos elementos prescriptivos distintos: una regla de contenido prohibitivo y una regla de contenido permisivo. La regla de contenido prohibitivo se podría formular así:

Prohibido suspender la ejecución.

O, también,

Prohibida la suspensión de la ejecución.

O en expresión semiformalizada,

Para toda ejecución civil vale que, si un tribunal es el órgano judicial que conoce de un proceso de ejecución, entonces tiene prohibida su suspensión.

En cuanto a la regla de contenido permisivo se podría formular así:

En determinados supuestos previstos en la Ley o de concurrir acuerdo entre las partes, está permitido suspender la ejecución.

La primera de ellas se encuentra implícita en dicho enunciado. La segunda, en cambio, se ha expresado por el Legislador y constituye el contenido del enunciado jurídico único del primero apartado del art. 565 LEC.

Para ser más exacto, formulo el siguiente enunciado interpretativo¹³:

El único enunciado jurídico contenido en el apartado 1º del art. 565 LEC significa que si un órgano judicial conoce de un proceso de ejecución civil y no concurre alguna de las causas (genéricamente) previstas en la Ley y tampoco media acuerdo entre las partes (con respecto de lo que sigue), entonces el órgano judicial no puede acordar la suspensión de la ejecución.

Una paráfrasis del enunciado interpretante podría ser que está (para el órgano judicial) prohibido suspender la ejecución, a excepción de aquellos concretos supuestos en que la Ley ordene la suspensión de la ejecución o en aquellos otros en que las partes convengan tal cosa.

13. Según HERNÁNDEZ MARÍN (2012a: 288), «interpretar un enunciado jurídico, al igual que interpretar cualquier otro texto, consiste en atribuir sentido al enunciado o al texto: consiste en decir cuál es el sentido del enunciado o qué es lo que el enunciado significa. (...) Esta actividad interpretativa (...) se realiza o materializa formulando enunciados [interpretativos] (...)».

4. Las excepciones explícitas a las reglas del art. 565 LEC

Pues bien, procede interrogarse por esos casos en que la Ley ordene expresamente la suspensión, no fuera que pudiera aplicarse alguno de ellos al supuesto que nos ocupa. Y parece que la respuesta se encuentra en los siguientes cuatro artículos: 566, 567, 568 y 569. Digo que parece porque, además de su ubicación sistemática, no se advierten otros preceptos que se presten como candidatos a engrosar ese grupo indeterminado de casos en los que *la Ley* ordena expresamente la suspensión. No obstante, no se afirma de modo terminante porque la expresión legal es tan sumamente abierta —se refiere a *la Ley*, no a *esta Ley*— que quizá denote el propósito del Legislador de no confinar los supuestos excepcionales a los cuatro casos comprendidos en los arts. 566 a 569 LEC.

El art. 566 faculta al tribunal a suspender la ejecución

«(...) si, despachada ejecución, se interpusiera y admitiera demanda de revisión o de rescisión de sentencia firme dictada en rebeldía (...)».

El art. 567 permite al tribunal acordar la suspensión, en caso de haberse interpuesto recurso ordinario

«(...) si el ejecutado acredita que la resolución frente a la que recurre le produce daño de difícil reparación (...)».

El art. 568 ordena al Letrado de la Administración de Justicia que decrete la suspensión de la ejecución

«(...) en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración del concurso».

Finalmente, el art. 569 faculta al tribunal a suspender la ejecución

«(...) si se encontrase pendiente causa criminal en que se investiguen hechos de apariencia delictiva que, de ser ciertos, determinarían la falsedad o nulidad del título o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución (...)».

Si devolvemos la atención al supuesto inicialmente planteado, fácilmente constataremos que no se trata de una demanda —la interpuesta por el *grupo societario A*— de revisión o de rescisión de sentencia firme, tampoco es un recurso ordinario lo que ha deducido ante el juzgado mercantil, no ha sido declarado en concurso —el *grupo societario A*—, ni tampoco se ha incoado causa criminal en la que se investigue la falsedad del título o esa curiosa nulidad del propio título a la que se refiere el art. 569.1.II LEC.

Así pues, esas causas que permitirían, según la LEC, en sus arts. 566 a 569, la suspensión de la ejecución, no concurren en el supuesto concernido de ninguna de las maneras.

5. ¿Otras excepciones explícitas en la LEC?

Podríamos estar tentados de considerar como excepción explícita el contenido normativo del art. 43 LEC. Dicho precepto se ocupa de regular, genéricamente, la prejudicialidad (en el proceso) civil. Sin embargo, me parece sumamente problemático pretender que, pese a la generalidad del rótulo del artículo concernido, el objeto de la norma alcance a la ejecución¹⁴.

Las razones que esgrimo para rechazar esta posibilidad son las siguientes: (i) aun cuando la LEC es ciertamente imprecisa en el manejo de los términos, careciendo de definiciones e incurriendo frecuentemente en ambigüedades, me parece harto difícil que pueda considerarse que la ejecución sea un *litigio*, en sentido estricto; (ii) en el escenario que nos encontramos no hay que decidir nada y sí seguir la secuencia de actos procesales dirigidos a la entrega al ejecutante de la cantidad de dinero que se ordena pagar en el título ejecutivo; (iii) no cabe ninguna acumulación de autos, ya que no concurren dos procesos que debieran ser conducidos por el mismo cauce procedimental.

6. El dilema

Volvamos la mirada al juzgador que tiene delante la petición de *grupo societario* A de que se suspenda la ejecución por prejudicialidad civil (aunque no lo expresase tan claramente en el escrito que se dedujo en la vida real).

La pregunta que se suscita —bien obvia— es cuál sea la decisión plenamente conforme a Derecho.

7. Primera (posible) respuesta: denegación sin paliativos

Hasta donde yo sé, los autores procesalistas han suscrito esta respuesta. Comenzando por el profesor CACHÓN (2018: 43), su respuesta es tajante: «Por lo que se refiere a la suspensión de la ejecución, la LEC se muestra muy restrictiva. Por regla general, la suspensión del proceso ejecutivo sólo cabe en los casos en

14. Segundo, a este respecto, la postura de REYNAL (2006: 300-304).

que la Ley lo prevea expresamente (...). La LEC y la [Ley Concursal] regulan algunos supuestos concretos de suspensión de la ejecución, que constituyen otras tantas excepciones frente a la regla general establecida en el art. 565.1 LEC». El resto de las opiniones consultadas comparten la postura expresada¹⁵.

Los tribunales de justicia sostienen, igualmente, de forma mayoritaria, la referida tesis denegatoria: «Es cierto que las Audiencias Provinciales, de manera reiterada, han entendido que no procede la suspensión por prejudicialidad civil en los procedimientos de ejecución, así Auto AP Madrid Sección 12ª 28 de junio 2019 Recurso: 213/2019, Auto AP Madrid Sección 10 del 29 de octubre de 2018 Recurso 663/2018 y Auto AP Barcelona Sección 17 21 de septiembre de 2020 Recurso: 359/2019»¹⁶.

Ciertamente, una postura estrictamente positivista normativista realista sostendrá que la letra de la Ley es clara y no admite subterfugios. Está prohibida la suspensión de la ejecución con carácter general, salvo en aquellos casos que la norma lo haya autorizado expresamente. Estos son, esencialmente —porque parece arriesgado negar la existencia de otras excepciones explícitas en *la Ley*—, los supuestos recogidos en los arts. 566 a 569. Por consiguiente, es poco discutible que el (nuestro) caso de la prejudicialidad civil no resulta subsumible en ninguna de dichas excepciones explícitas.

La aludida postura teórica —el positivismo normativista realista— niega rotundamente el carácter derrotable de las normas jurídicas (HERNÁNDEZ MARÍN, 2021: 115-116). Ni tan siquiera en su versión débil, según la cual muchas reglas jurídicas tienen excepciones implícitas.

En este caso, junto a las excepciones explícitas (arts. 566 a 569 LEC), podría conjeturarse que concurre una excepción implícita, cual es la de la prejudicialidad civil.

Admitir tal cosa significaría que el sentido de las normas (casi) nunca está cerrado y determinado *ex ante*, de modo que dicho sentido depende sustancialmente de factores que no formaron parte del contexto (de emisión) del propio enunciado jurídico al tiempo de su promulgación y que, para más inri, son posteriores en el tiempo (HERNÁNDEZ MARÍN, 2021: 115-116).

15. Cfr. CORDÓN (2002: 181-186) o NIEVA (2019: 445-446).

16. Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17ª, en su reciente sentencia nº 19/2024, de 19 de enero (ECLI:ES: APB: 2024:88A)

Partiendo siempre de nuestro supuesto de hecho inicial, si la parte ejecutada solicitase al tribunal, que conoce de la ejecución, que suspendiera la misma por prejudicialidad civil, este último, adoptando una perspectiva jurídica positivista normativista realista, debería desestimar tal pretensión. No existe —en mi opinión— ningún enunciado jurídico —en la LEC y en cualquier otro cuerpo jurídico que forme parte de nuestro ordenamiento— cuyo supuesto de hecho recoja, con carácter general, las circunstancias fácticas de nuestro caso. O, dicho de otro modo, nuestro caso no se encuentra comprendido bajo el supuesto de hecho de ningún enunciado jurídico que forme parte de nuestro ordenamiento jurídico. Diremos, por tanto, que cuando el tribunal rechace la petición de suspensión de la ejecución (so capa de la afirmada prejudicialidad civil), aplica el derecho, y más exactamente el Derecho procesal (HERNÁNDEZ MARÍN, 2021: 159-160, 154). Lo que habrá aplicado el tribunal es el art. 565 LEC, en ese sentido concreto de prohibición de suspender la ejecución por causa de prejudicialidad civil, al igual que ocurriría si la parte ejecutada alegase estar enferma o tener que salir de viaje.

Se trataría de una decisión (procesal) materialmente correcta (HERNÁNDEZ MARÍN 2021: 161), en tanto que «la corrección procesal de una decisión judicial depende del cumplimiento de ciertos requisitos (...) establecidos en un enunciado jurídico procesal» (HERNÁNDEZ MARÍN 2021: 161). En definitiva, se trataría de una decisión (procesal) materialmente conforme al Derecho procesal Y, por tanto, el tribunal habría cumplido con una de sus principales obligaciones, cual es la de dar respuesta a las pretensiones de los justiciables aplicando el Derecho.

Frente al lamento del ejecutado, que clama por el severo quebranto patrimonial que le ocasione la prosecución de la ejecución (hasta culminar la vía de apremio) y el sinsentido de que el día de mañana pueda dictarse una sentencia absolutamente estimatoria, firme, en el proceso de nulidad del contrato transaccional, la respuesta que recibiría —opino yo— de un defensor de la concepción realista del Derecho, sería que reclamase responsabilidad patrimonial al estado Legislador, por no haber tenido la precaución de reformar la Ley para recoger este supuesto como uno de los casos en que cupiese la suspensión de la ejecución.

8. Segunda (posible) respuesta: la situación es indiscutiblemente injusta

Habría quien, a buen seguro, consideraría que la situación del *grupo societario A* es clamorosamente injusta. Lo es por sí misma (quien obra torcidamente no puede salirse con la suya) y lo es en comparación con otras situaciones análo-

gas (la prejudicialidad penal, sin ir más lejos) que sí son contempladas como causas tasadas de suspensión de la ejecución.

Bajo una óptica jurídica principialista de corte iusmoralista, «(...) el sometimiento del juez al derecho es antes que nada sometimiento a esa parte suprema de los sistemas jurídicos que es de raigambre moral. Por eso, para el iusmoralismo (...) lo que tiene que hacer el juez en cada caso es ver cuál es la solución que ofrece el derecho positivo (...) y luego cotejarla con lo que como solución manda para esos mismos hechos de tal caso la moral. Si lo que dispone para ese caso el derecho positivo es fuertemente discrepante de lo que la moral para tal caso ordena, el juez, para los iusmoralistas, debe aplicar la solución moral, pero como solución que es, a la vez, jurídica. Así (...) cuando la norma de la moral verdadera derrota en un caso a la norma jurídico-positiva podemos decir que estamos ante una decisión *contra legem*, pero no *contra ius*, contra el derecho, pues, para el iusmoralismo, el derecho se compone de *lex* (derecho positivo) y de moral y esta predomina sobre aquella, si para un caso se contradicen las soluciones» (GARCÍA AMADO, 2023: 295-296).

Los partidarios de dicha visión del derecho (los principialistas de corte iusmoralistas) sostendrían, en nuestro caso, que nos enfrentamos a un caso de *laguna axiológica*. «(...) Hay tal cuando las normas positivas sí contienen una solución para un caso, caso cuyos hechos, por tanto, son subsumibles bajo los términos de una norma del sistema, pero dicha solución normativa parece claramente injusta para ese caso concreto. Lo que se pretende, entonces, es justificar que se haga una excepción a la aplicación de la norma que viene al caso, a fin de que no prevalezca dicha norma, sino la justicia» (GARCÍA AMADO, 2020: 171).

9. Tercera (posible) respuesta: hay laguna, pero por descuido del legislador

Desde la perspectiva del positivismo excluyente contemporáneo (que mejor debería denominarse *concepción estándar del derecho* [HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 44 ss.]) se puede vislumbrar otro enfoque, que por su interés teórico merece ser examinado.

En mi opinión, se trataría de una visión que asume la derrotabilidad general de las normas jurídicas, pese a que sus defensores no proponen criterios para discriminar las normas derrotables con respecto de las que no lo son.

Me centraré en un tipo de problemática muy precisa en cuanto a dicha derrotabilidad de las normas jurídicas. Esta responde a aquellos casos en que junto a una regla general se contemplan excepciones explícitas (a estos efectos da

igual si las mismas forman parte del condicional de la regla o se recogen de forma autónoma en otra regla distinta), siendo que, a la vez, se ha dejado de integrar en ese conjunto de excepciones explícitas alguna que, por el sentido de aquellas, debería haber sido incluida.

«Es en la práctica poco menos que inimaginable que, sobre el precio de los viajes en el transporte público, solo haya una norma que diga que los mancos no pagan. Para empezar, para que esa norma tenga sentido ha de haber una base normativa para entender, por contraste, que otros sí tienen que pagar. Así que lo más probable será que, en el sistema de nuestro ejemplo, exista una norma que fije el precio de los boletos de transporte para todos, a la vez que esta otra que exonera de pagarlo a los mancos. Así que en el caso de los faltos de una pierna no se trata de que no esté previsto si pagan o no: pagan, en virtud de esa norma que establece el régimen general de pago y precio. Entonces, ¿hay o no hay laguna para el caso de esos cojos? Pues digamos que en cierto sentido no y en cierto sentido sí. Expliquemos esto.

Formalmente no hay laguna, porque con la conjunción de las dos normas, la general y la especial para los mancos, queda cubierto todo el universo de casos posibles. Se funciona con el esquema regla-excepción, en el presupuesto de que todo lo que no entre en la excepción cae bajo la regla.

(...) No es que nos quede algo sin regulación, es que a esa regulación le vemos algo absurdo, algo de incongruencia. Y no porque nos parezca sencillamente injusta esa regulación, sino por un motivo más sutil y que tiene que ver con las razones de la norma que regula el caso especial, que establece la excepción a la pauta general. (...) En el caso de los mancos y los cojos [o] damos con una característica de los mancos que haga su situación exclusivamente relevante a efectos del precio de los transportes, o, si se trata de ayudarlos por razón de sus mayores dificultades físicas, sociales y, probablemente, económicas, pensaremos que las mismas razones que valen para que ellos no abonen los billetes de bus, tren o metro, justifican que tampoco paguen los cojos» (GARCÍA AMADO, 2023: 299-301).

Nos encontramos, según este planteamiento, ante lo que se ha dado en llamar una *laguna normativa teleológica* (GARCÍA AMADO, 2023: 301). «(...) Se da cuando el sistema es completo según un esquema regla general-excepción especial, pero hay una incongruencia valorativa dentro de él, pues las mismas razones que sirven para justificar la excepción introducida por el Legislador deberían valer, pensamos, para justificar otras excepciones que el Legislador no incluyó, pero que tampoco excluyó claramente» (GARCÍA AMADO, 2023: 301).

Si nos quedáramos aquí —puesto que parece que ya se ha obtenido la deseada solución del dilema planteado inicialmente— estaríamos caricaturizando tal

postura, porque contiene un matiz sustancial que no podemos pasar por alto, por mor del rigor científico.

Existe un límite severo para poder reputar un caso como de laguna normativa teleológica. Se trata de aquellos supuestos en los que el Legislador ha excluido claramente otras excepciones distintas a las que él ha sentado expresamente. «(...) Las excluiría si dijera, por ejemplo, que única y exclusivamente los que no tengan un brazo estarán exentos de pagar el transporte y que todos los demás, sin ulterior excepción, deberán hacer dicho pago» (GARCÍA AMADO, 2023: 301).

Volvamos al estadio previo. Recuperemos el supuesto de los mancos que se encontraban exentos del pago del transporte, con respecto del resto de la población (incluidos los cojos). Allí nos preguntábamos por qué razón los cojos sí tenían que pagar, pues no parecía existir una razón objetiva para tan incongruente exclusión. Pues bien, se calificaba el caso como uno propio de laguna normativa teleológica y se colmaba la misma por vía analógica (ex art. 4.1 CC), extendiendo el régimen propio —de exención— de los mancos a los cojos y asunto resuelto.

Sin embargo, conviene reparar en que, en aquel caso, el Legislador no había dicho que los mancos eran los únicos beneficiados por la exención y nadie más que ellos.

Dicho escenario es claramente diferente —según los defensores de esta tesis (GARCÍA AMADO, 2023)— de aquel otro en que el Legislador sí señala expresamente que no cabrá más excepción que aquella que ha sido explicitada en la norma (siguiendo con el ejemplo, los mancos y nadie más). En este, ni hay laguna normativa teleológica, ni cabe recurrir a la solución analógica.

«Dice lo siguiente el artículo 848 del Código Civil español, que traigo aquí como ejemplo: «La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley». Y luego, el Código menciona una serie de ellas. ¿Qué es lo que en realidad está vetando el artículo 848 del Código Civil? Está excluyendo la aplicación por analogía de otras causas de desheredación. Es decir, está haciendo que la enumeración de tales causas que hace el Código sea taxativa y no cabe que los jueces añadan otras porque resulten, a ciertos efectos relevantes, parecidas a las que están (...). El artículo mencionado deja las cosas bien claras y excluye la analogía» (GARCÍA AMADO, 2023: 297).

Llegados a este punto, parece que la respuesta inicial, a los efectos de nuestro caso, debe ser otra. El enunciado jurídico único contenido en el primer apartado del art. 565 LEC no deja lugar a dudas:

«Sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso (...)».

Me parece oportuno destacar el término *sólo* y la locución preposicional *de modo expreso*.

Volvamos con el ejemplo del transporte. «Imaginemos que el Legislador quiere que las personas a las que falte un brazo no tengan que pagar por viajar en los transportes públicos. La norma correspondiente que el Legislador elabore podría ser enunciada de alguna de las siguientes maneras:

- (a) Las personas sin algún brazo, y solo ellas, no estarán obligadas a pagar para viajar en los transportes públicos.
- (b) Las personas sin algún brazo no estarán obligadas a pagar para viajar en los transportes públicos.

Con la primera formulación se está cerrando la puerta a la posibilidad de que un juez dé la razón un día a un ciudadano sin una pierna que solicitó el mismo trato, la posibilidad de viajar gratis en el transporte público. Con la primera fórmula, la (a), un juez respetuoso con la legalidad no podrá extender al cojo ese derecho del manco, por muy similares que podamos ver la situación de ambos y las razones para que ni uno ni otro pague. En cambio, con el segundo enunciado, el (b), la norma sólo estaría diciendo que el que no tenga algún brazo no paga, pero calla respecto a los cojos y cualquier otra persona que se halle en cualquier situación específica» (GARCÍA AMADO, 2023: 298-299).

He aquí que surge un poderoso e irresistible interrogante.

Situémonos primero en el anterior supuesto (b). El Legislador no ha establecido claramente que la exención afecte a los mancos y a nadie más. Y se nos recuerda que «otras veces las cosas no están tan claras y será la interpretación de la norma correspondiente lo que nos llevará a argumentar y decidir sobre si la enumeración que en tal norma se contiene es taxativa, excluyente, o es una enumeración que puede ser ampliada judicialmente, agregándole elementos que guarden una similitud relevante con algunos de los presentes en la norma» (GARCÍA AMADO, 2023: 298).

A continuación, quiero fijar la atención en el anterior supuesto (a). Cuando el Legislador sólo se refiere a los mancos como beneficiarios de la exención, ¿qué ha querido decir exactamente? Porque una cosa es lo que dice (*semántica*), lo que significa —en abstracto— lo que ha dicho, y otra es lo que ha querido decir (*pragmática*), en un determinado contexto (el de emisión)¹⁷.

17. En palabras de REYES (2018: 7), «la filosofía del lenguaje, la semántica y la pragmática comparten conceptos básicos y se enfrentan a problemas comunes, entre ellos, en situación prominente, cuál es el papel del

La actividad interpretativa —con respecto de cualquier acto de habla— rigurosa nos fuerza a atender la semántica de lo expresado, pero también a lo que se ha pretendido transmitir, a partir de un determinado contexto.

El problema en nuestro caso estriba en determinar si el Legislador quiso decir que no cabían más supuestos para la suspensión de la ejecución que los previstos en la Ley, concebidos o entendidos de forma estricta, o que no cabían más supuestos que los que quepa integrar en los grupos de casos previstos en la Ley, o que lo que no quería es que se pudiera suspender la ejecución *in genere*, haciendo salvedad de algunas tipologías abiertas de casos, con propósito meramente indicativo.

Aunque es difícil identificar algún elemento específico del contexto de emisión (la última década del siglo pasado) que nos pueda orientar con respecto a la intención del Legislador, no parece que exista algún indicio que nos invite a pensar, seriamente, en que quisiera otra cosa que, en primer lugar, prohibir, con carácter general, la suspensión de la ejecución y, en segundo lugar, limitar cuidadosamente los supuestos excepcionales en que sí había tal suspensión. Y aunque el Legislador procesal civil es muy dado a esta clase de expresión —la de remitirse *in totum* a la Ley, a cualquier Ley—, tengo para mí que, en realidad, pensaba exclusivamente en los casos contemplados en los artículos 566 a 569 LEC. Y siendo perfectamente consciente de la institución de la prejudicialidad civil —hasta el punto de que la regula expresamente en el art. 43—, si no la recogió en esa serie de supuestos —arts. 566 a 569 LEC—, es debido, probablemente, a que no lo consideraría oportuno.

Sin embargo, algún autor —ALCHOURRÓN 2000 [1996]—, partidario de la tesis de la derrotabilidad de las reglas jurídicas¹⁸, nos podría objetar que es perfectamente posible que lo que sucediera, realmente, es que el Legislador no se hubiese tan siquiera planteado este supuesto. Lo que es abiertamente distinto a que lo excluyese conscientemente como un motivo de excepción.

Frente a tal consideración, lo que sugiere dicho autor que se haga es considerar qué habría decidido hacer el Legislador si al tiempo de alumbrar la norma sí hubiese considerado el supuesto que, como quizás fuese nuestro caso, no se

contexto en la comprensión del significado y cómo construir una teoría adecuada de la relación entre significados lingüísticos y contextos».

18. En términos de ALCHOURRÓN (2010 [1996]: 167): «[m]uchas (si no todas) las formulaciones normativas son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma aunque ellas no están explícitamente enunciadas».

llegó a plantear¹⁹. Se trataría de conjeturar qué solución jurídica le habría querido dispensar a esta situación que en el momento presente se revela problemática. En términos del propio ALCHOURRÓN, debería recurrirse al «enfoque disposicional de la derrotabilidad».

«“Disposición”, bajo esta aproximación, es entendida como la actitud valorativa de la autoridad normativa (del Legislador) empleada para atribuir relevancia normativa a una propiedad. En este sentido, “tener la disposición” es una forma de expresar que asumimos que dicho agente tendría la actitud de valorar una circunstancia y que, en razón de ello, pase de ser normativamente irrelevante a ser normativamente relevante. En términos más simples, preguntarse por la disposición o actitud de una autoridad normativa es preguntarse cómo esta hubiera reaccionado de haber tomado en cuenta de una determinada propiedad» (GARCÍA YZAGUIRRE, 2022: 171-172).

Desde esta perspectiva, podría sostenerse que, si el Legislador procesal civil contempló la prejudicialidad penal como causa de suspensión de la ejecución, también hubiera introducido como excepción a la regla general de interdicción de suspensión de la ejecución la prejudicialidad civil, si en su momento hubiese tenido oportunidad de plantearse.

10. Toma de postura

De las tres respuestas ofrecidas (la negativa de corte realista y las dos favorables, que reconocen la prejudicialidad civil como excepción implícita a la regla general que prohíbe la suspensión de la ejecución civil), comienzo por considerar críticamente la principalista de corte iusmoralista. En otras palabras, inicio mi análisis por la que propone como solución reconocer una laguna axiológica, por considerar injusta la respuesta que ofrece —o parece ofrecer— el derecho positivo.

«El iusmoralista admite con gusto la existencia de excepciones implícitas a las normas contenidas en o derivadas de los enunciados jurídicos presentes en los cuerpos legales, pues desconfía grandemente ante la sospecha de que tales normas puedan ser injustas. Para el iusmoralista las excepciones implícitas por antonomasia son las que sirven para descartar la solución derivada de esas normas debido al contenido de injusticia o inmoralidad de tales soluciones, de la solución de esa norma para todos los casos o para el caso concreto que se juzgue.

19. GARCÍA YZAGUIRRE (2022: 154) lo expresa de forma sumamente precisa: «en «Sobre derecho y lógica» [obra de C. ALCHOURRÓN] los presupuestos implícitos son explicitados a partir de juicios contrafácticos sobre como el Legislador hubiera valorado una determinada propiedad (normativamente irrelevante)».

Ahora bien, el iusmoralista no se preocupa por el componente de relatividad que así adquiere el Derecho para los casos, o de la posible arbitrariedad de las decisiones judiciales, porque normalmente entiende que el contenido normativo que impone esas excepciones frente a las normas «jurídicas» viene dado por la moral verdadera, una moral verdadera existente y cognoscible, no relativa a preferencias individuales del juzgador o a determinaciones meramente contextuales. Que las normas jurídicas sean derrotables es indicador, ante todo, de la superioridad de la moral sobre el Derecho y de la mayor capacidad determinativa de las normas morales frente a las normas jurídicas» (GARCÍA AMADO, 2020: 396).

Lo que, en definitiva, sucede si admitimos la inaplicación de una regla procesal, como es la de la prohibición de la suspensión de la ejecución civil, ante un supuesto de hecho que no resulta subsumible en ninguna de los casos de excepciones explícitas contenidos en la LEC —arts. 566 a 569—, es que imponemos la aplicación de una norma moral. En otras palabras, se trata de plantear un escenario de colisión entre la norma moral —que se considerada integrada en el sistema jurídico bajo el rótulo de principio— y la norma positiva. Obviamente, la norma moral derrotará sin ninguna duda a la norma positiva. Expresado de otro modo, la circunstancia «excepcional» —en este caso la prejudicialidad civil, del caso concernido— «(...) forma parte del supuesto genérico de otra norma, una norma moral que es jurídica a la vez y que, además, es jerárquicamente superior a la norma “positiva”» (GARCÍA AMADO, 2020: 403).

«En consecuencia, para el iusmoralista (1) todas las normas «positivas» son potencialmente derrotables ante circunstancias que constituyen excepciones implícitas *al sistema de las normas positivas*, pero no excepciones al sistema jurídico en su conjunto, formado por la agregación de normas «positivas» y normas de la moral verdadera; (2) las normas de la moral verdadera no son derrotables por normas «positivas»; y (3) las normas de la moral verdadera que, son, al tiempo, jurídicas, sólo son derrotables por otras normas de la moral verdadera que son también jurídicas, pero esa derrotabilidad es sólo aparente o «prima facie», pues las normas del sistema de la moral verdadera tienen una potencialidad resolutoria mucho mayor para cualquier caso, ya que, al menos idealmente o en el plano ontológico, dicho sistema tiene las tres cualidades que el positivismo formalista decimonónico predicaba del sistema jurídico-positivo: completud, coherencia y claridad» (GARCÍA AMADO, 2020: 403).

Con base en estas consideraciones y dado mi compromiso con las tesis iuspositivistas, rechazo la solución iusmoralista y el recurso a la noción de laguna axiológica.

Me propongo, ahora, examinar la respuesta positiva o favorable a hacer una excepción, también con la prejudicialidad civil. Aquella respuesta que, en este

caso, junto a la regla general de contenido prohibitivo y a las excepciones expresas —recogidas en los arts. 566 a 569 LEC—, admitiría la concurrencia de excepciones implícitas. O, al menos, y como poco, que reconocería en la prejudicialidad civil una excepción implícita. Tal postura se sustentaría, como ya hemos expuesto, y, en primer lugar, en la constatación de que (casi todas) las reglas —mejor dicho, los enunciados prescriptivos— contienen, en su antecedente de hecho, sólo condiciones contribuyentes para la aplicación de su consecuencia jurídica. Pero, además, concurren condiciones no expresadas que pueden resultar relevantes en un escenario eventual, de modo tal que, consideradas las últimas, ya no corresponda aplicar la consecuencia jurídica contenida en el enunciado prescriptivo formulado en un determinado cuerpo jurídico. La postura concernida se sustenta, además, en la necesidad de que el intérprete, en situaciones como la que nos ocupa, indague en la voluntad del Legislador, cuestionándose qué habría decidido este último si, al tiempo de elaborarse la regla, se hubiese planteado el escenario que ahora nos ocupa (en expresión técnica, el *enfoque disposicional de la derrotabilidad*).

Recordando las tesis de ALCHOURRÓN —de las que ya se ha dado cuenta someramente—, podemos afirmar —con HERNÁNDEZ MARÍN (2012b: 140)— que «(...) cuando hablamos de la derrotabilidad de un enunciado prescriptivo, pensamos en la posibilidad de que ese condicional, que puede ser cualquier enunciado, contenga, en términos mencionados por Alchourrón, excepciones implícitas. Esto implica que, en tales casos, el sentido total de la oración legal no coincide con su sentido literal». Esto cabe formularlo a la inversa: «siempre que el sentido total de una oración legal no coincida con su sentido literal, la oración es derrotable». Y aún de forma más completa cabe formular las tres siguientes expresiones equivalentes: «“E tiene excepciones implícitas”, “E es derrotable” y “el sentido total de E no coincide con su sentido literal”» (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012b: 140).

A partir de aquí, se precipita una serie de problemas difícilmente superables. «Uno de los puntos oscuros con respecto a la derrotabilidad es, de hecho, cómo determinar qué propiedad de las oraciones condicionales es derrotable y convierte la oración condicional con tal propiedad en una oración derrotable» (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012b: 137). E, íntimamente ligado con ello, cómo determinamos objetivamente que, en un determinado caso de enunciado prescriptivo, su sentido total diverge de su sentido literal. Y, todo ello, desemboca en la cuestión principal: ¿cómo se establece de forma rigurosa el sentido total de los enunciados prescriptivos? Este interrogante, a su vez, nos sitúa en lo que, en mi opinión, es el centro neurálgico del asunto de la derrotabilidad: se trata de una cuestión estrictamente interpretativa, puesto que el propósito de la interpretación, a mi modo de ver, es el de fijar el sentido total de un enunciado prescriptivo (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012b: 140).

Antes de seguir, me parece crucial efectuar una consideración, en mi opinión, de suma importancia. Llevar el problema de la derrotabilidad —de las excepciones implícitas— al terreno de la interpretación nos fuerza a considerar aquél desde el terreno de la filosofía del lenguaje²⁰ (lo que, en general, y hasta donde yo conozco, no se ha hecho, salvo en el caso de HERNÁNDEZ MARÍN [2021: 91 ss.]). Y más aún, no me parece que se trate de una cuestión semántica (en el bien entendido de los significados estrictos *de lo dicho*²¹), sino más bien pragmática (disciplina que se ocupa más exactamente *de lo que se ha querido decir* cuando se ha dicho lo que se ha dicho).

Siguiendo a HERNÁNDEZ MARÍN (2012b: 141-142), cabe enfrentar una objeción —cuanto menos— que se antoja capital. La misma es una consideración estrictamente pragmática y para exponerla cabalmente me valdré de un pedagógico ejemplo de este último autor. Imaginemos que acudimos a un restaurante. Sin tan siquiera mirar la carta y movidos por el gran apetito que nos acucia, pedimos al camarero que nos traiga un filete de solomillo. Al cabo de un rato, porque vemos pasar un atrayente plato de paella, recordamos que el arroz de este restaurante es excepcional. La cuestión capital es la siguiente: ¿qué cabe esperar que nos sirva el camarero? Obvio, se nos responderá, el filete de solomillo. Según el planteamiento de ALCHOURRÓN, el camarero debería haber razonado que, aunque pedimos filete de solomillo, lo que hubiésemos pedido, si hubiésemos caído en la cuenta de que la especialidad de la casa es la paella, hubiese sido arroz. Y no solo esto. Nos debería haber servido un plato de paella. Sin embargo, lo único que es objetivamente indiscutible es que pedimos solomillo y no paella.

La pragmática impone límites a la actividad interpretativa del receptor de una preferencia por parte de un hablante, además de los límites que fija la semántica. Para esta, «solomillo» no significa «paella». Pero, para la primera de las disciplinas mencionadas, *lo que se ha querido decir* es dependiente del *contexto*²². Así, cuando nos disponemos a interpretar el enunciado asertivo

[1] Ya ha llegado el taxi de Carlos.

Una interpretación estrictamente semántica arroja, al menos, tres posibles interpretaciones, a las que llegamos a través de un proceso pragmático secunda-

20. Para adquirir los rudimentos de esta disciplina me remito a ACERO, BUSTOS, QUESADA (2022 [1983]).

21. «La Semántica se ocupa del significado literal de las palabras y oraciones tal y como son determinadas por las reglas de una lengua (...)» (RECANATI, 2004: 13).

22. «(...) La Pragmática se ocupa de lo que los usuarios del lenguaje quieren decir mediante las emisiones de esas palabras u oraciones» (RECANATI, 2004: 13).

rio, denominado *enriquecimiento libre*²³. Para ello ya no rigen las reglas sintácticas y semánticas, sino el contexto. Así, sobre [1], que puede significar, semánticamente hablando:

[2] Ya ha llegado el taxi propiedad de Carlos

[3] Ya ha llegado el taxi que conduce Carlos

[4] Ya ha llegado el taxi que pidió Carlos

Reparamos en el contexto y este nos muestra que Carlos quiere desplazarse al aeropuerto para tomar un avión y alguien anuncia la llegada de un taxi, de modo que, de todas las interpretaciones puramente literales posibles, la que mejor se acomoda al contexto es, sin duda, [4].

Volviendo al ejemplo del restaurante, el contexto podría operar incluso contra la claridad del sentido literal del mensaje del cliente, que pide sin titubear *filete de solomillo*. Pensemos, por ejemplo, que el comensal pronuncia la palabra *solomillo* señalando el plato de paella que en ese mismo momento están sirviendo a la persona que ocupa la mesa contigua. En tal escenario, y a poco que el camarero esté atento, siguiendo la mirada del cliente, dudará del sentido literal de la orden (*sírvame un filete de solomillo, por favor*) y le preguntará al comensal si no ha querido decir, más bien, que le traiga *paella*. Seguramente, el cliente responderá que sí, que así es, que ha incurrido en un lapsus²⁴ y que, por supuesto, lo que desea es comer un plato de paella.

Ahora bien, si el contexto no ofreciese al camarero ningún indicio en el sentido expuesto, ni se le hubiese pasado por la cabeza cuestionar la orden, entonces muchísimo menos habría dejado de servir lo que se le pidió, *filete de solomillo*.

En el caso de las reglas jurídicas, en tanto que actos de habla, plantea numerosos problemas si lo abordamos desde la perspectiva pragmática, lo que no quita que ese enfoque resulte inevitable. En relación con el ejemplo del restaurante, el

23. «Se llama *enriquecimiento libre* al conjunto de operaciones pragmáticas que completan, extienden o precisan el significado codificado de las expresiones usadas por un hablante, sin que lo exijan las reglas gramaticales. Estas operaciones, necesarias para enriquecer el contenido explícito de un enunciado, son inferencias que hace el intérprete utilizando datos del *contexto amplio*, del que forma parte la intención comunicativa del hablante. El proceso de enriquecimiento es completamente pragmático, libre de gramática (...). Más precisamente, «los teóricos del significado distinguen dos tipos de procedimientos de enriquecimiento libre: el *ajuste* o *modulación* de los significados léxicos y el añadido de *constituyentes no articulados*. (...). Los ajustes o modulaciones de significado tienen como fin afinar o sintonizar el significado de las expresiones para que cuadren con la intención del emisor y con el contexto» (REYES, 2018: 109).

24. Quizá el término más adecuado sería «infortunio». Sobre esta cuestión, véase ESCANDELL, 2013 [1996]: 53-56.

contexto ha resultado capital en el caso en que el camarero se ha percibido de la confusión padecida por el comensal que queriendo decir una cosa, dijo otra distinta. La posibilidad de interactuar ambos permite corregir el equívoco. Sin embargo, en el ámbito jurídico el aplicador no puede trasladarse al momento en que el Legislador formula la regla para preguntarle si está seguro de que no quiere incluir la prejudicialidad civil como una excepción —explícita— más a la regla de la prohibición general de suspensión de la ejecución. Tan siquiera es posible preguntarle qué quiso decir cuando estableció que sólo cabrá la suspensión de la ejecución en los supuestos expresamente previstos en la ley²⁵.

Examinar el contexto no resulta excesivamente productivo. Principiando por el *cotexto*, no podemos esquivar la evidencia de que sí estableció una serie de excepciones explícitas. E introdujo en el enunciado la expresión «sólo» (al comienzo del apartado 1º del art. 565 LEC). Y no parece —siendo esto lo crucial a mi modo de ver— que el contexto nos brinde datos, indicios, que permitan inferir de forma indudable —o al menos como hipótesis más probable— que simplemente no pasó por la mente del Legislador el escenario de la prejudicialidad civil, de modo que, si se lo hubiese planteado, indudablemente la hubiera incluido como excepción explícita en un imaginario art. 570 LEC. Quizá sí consideró la posibilidad y estimó preferible no exceptuar la regla de la suspensión en tal caso. ALCHOURRÓN no ofrece, hasta donde le he comprendido, un método interpretativo para realizar con garantías semejante clase de inferencias abductivas.

En suma, las circunstancias disponibles al tiempo de la formulación del precepto concernido no ofrecen dato objetivo alguno que permita inferir que si hubiese el Legislador reparado en este escenario sin duda alguna lo habría contemplado como una excepción explícita²⁶. En mi opinión, la claridad de la expresión, semánticamente hablando (es de todo menos ambigua), y la ausencia de elementos contextuales contradictorios, nos impide, entiendo yo, atribuir al Legislador algo que sólo forma parte de nuestro ideal regulativo (si es que considerásemos que la LEC debiera exceptuar la prejudicialidad civil de la regla general de prohibición de la suspensión).

25. ITURRALDE (2014: 77) afirma que «al modelo colaborativo se contrapone el modelo autónomo (o modelo de código). Se trata de un modelo de comunicación neutro que no está basado en informaciones compartidas por el emisor y el receptor. Este modelo es el propio de la mayor parte de la comunicación escrita, entre ellas el derecho». En ese mismo trabajo (2014: 78) sostiene, acertadamente, en mi opinión, que «(...) los destinatarios [de las normas], ciudadanos y aplicadores del derecho (...) no tienen una relación directa con el Legislador: se trata de una relación unidireccional (Legislador -destinatarios) en la que no hay posibilidad de diálogo a fin de aclarar el significado de las expresiones (como lo hay en la comunicación conversacional)».

26. Me atengo específicamente a la primera formulación del actual art. 565 LEC, que, en el Borrador de 1997, se localizaba en el art. 576. Entonces se contemplaban las mismas exactas excepciones explícitas que en el texto legal vigente.

Por consiguiente, la conclusión final es obvia, a mi modo de ver. En el caso que nos ocupa la única decisión del juez conforme a Derecho procesal civil es aquella que consista en denegar la suspensión de la ejecución.

Cuestión distinta es que, de *lege ferenda*, se sugiera la modificación del conjunto de excepciones explícitas a la regla general de la suspensión de la ejecución en el sentido de incluir, expresamente, la prejudicialidad civil.

11. Bibliografía

- ACERO, J. J., BUSTOS, E., QUESADA, D., 2022 [1983]: *Introducción a la Filosofía del Lenguaje*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- ALCHOURRÓN, C., 2010 [1996]: «Sobre Derecho y Lógica», en *Isonomía*, nº 13: 11-33.
- CACHÓN CADENAS, M., 2018: *La ejecución procesal civil*. Barcelona: Atelier.
- CORDÓN MORENO, F., 2002: *El proceso de ejecución*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- ESCANDELL, M. V., 2013 [1996]: *Introducción a la pragmática*. Barcelona: Ediciones Ariel.
- GARCÍA AMADO, J. A., 2020: *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*. León: Eolas Manuales.
- 2023: *Argumentación jurídica. Fundamentos teóricos y elementos prácticos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA YZAGUIRRE, V., 2022: *Excepciones implícitas e interpretación. Una reconstrucción analítica*. Lima: Palestra.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., 2002 [1998]: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- 2012a: *Compendio de Filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- 2012b: «Defeasible properties», en J. Ferrer Beltrán y G. B. Ratti (eds.), *The logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Oxford, Oxford University Press: 137-148.
- 2021: *Teoría general de las decisiones judiciales*. Madrid: Marcial Pons.
- ITURRALDE SESMA, V., 2014: *Interpretación literal y significado convencional*. Madrid: Marcial Pons.
- NIEVA FENOLL, J., 2019: *Derecho Procesal II. Proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RECANATI, F., 2006 [2004]: *El significado literal* (trad. F. Campillo). Boadilla del Monte (Madrid): A. Machado Libros.
- REYES, G., 2018: *Palabras en contexto. Pragmática y otras teorías del significado*. Madrid: Arco/Libros.
- REYNAL QUEROL, N., 2006: *La prejudicialidad en el proceso civil*. Barcelona: J. M. Bosch.

XIV | Lectura constitucional de los procedimientos de homologación de planes de reestructuración

Belén Mora Capitán¹
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DEUDOR COMO PRINCIPAL USUARIO DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN. 3. EL PROCEDIMIENTO DE HOMOLOGACIÓN Y LA CONTRADICCIÓN PREVIA O POSTERIOR. 4. LECTURA CONSTITUCIONAL

1. Introducción

«La historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas. Es difícil encontrar una ley que, en tan pocos años, haya experimentado tantas y tan profundas modificaciones».² Así da comienzo la parte expositiva del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), advirtiéndonos ya de que estaban por venir nuevas reformas de calado, en especial las derivadas de la trasposición la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre Marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabi-

1. La brevedad de mi contribución a esta obra colectiva es inversamente proporcional al afecto, estima y consideración que siento por el Prof. Manuel Cachón, quien ha sido, es y seguirá siendo para todos un faro en la vida y en la academia.

2. V. Parte Expositiva II del TRLR: «La imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado. España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma reviste extraordinaria dificultad.»

litaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

La trasposición de la Directiva (UE) 2019/1023 antes mencionada, tuvo lugar mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre que, entre otros extremos, reescribió el Libro Segundo del TRLC, dedicado al denominado Derecho preconcursal, en el que irrumpen los planes de reestructuración, regulados en el Título III del Libro Segundo del TRLC, en sustitución de los anteriores acuerdos de refinanciación.

Los planes de reestructuración han sido y siguen siendo objeto de análisis principalmente por la doctrina mercantil y, en concreto, por la más especializada en derecho concursal, habiéndose suscitado no pocas dudas interpretativas al respecto, entre las que se encuentra la posibilidad de que los acreedores puedan imponer al deudor persona jurídica un plan de reestructuración, que bien merecería ser resuelta mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad y/o una cuestión prejudicial ante el TJUE.

No es la intención de las páginas que siguen entrar en esa polémica ni tampoco en un análisis completo y pormenorizado desde una perspectiva procesal del entero procedimiento de homologación y de la oposición o impugnación de la misma.

El objetivo es mucho más limitado, pero no por ello menos importante. Se trata de ver la posición procesal del deudor persona jurídica en el procedimiento de oposición a la homologación o de impugnación de ésta, asumiendo la hipótesis de que los acreedores que reúnan una cierta mayoría del pasivo puedan imponer un plan de reestructuración al deudor persona jurídica o, dicho con otras palabras, que se pueda homologar un plan de reestructuración que no cuente con el consentimiento de ese deudor.

2. El deudor como principal usuario y protagonista de los planes de reestructuración

La finalidad de los planes de reestructuración es evitar el concurso de acreedores, superando una situación de insolvencia que es precisamente el presupuesto objetivo de la homologación, ya sea esa insolvencia probable, inminente o actual (art. 584.1 y 636.1 TRLC). Para ello, los planes pueden contemplar un gran abanico de medidas dirigidas a la reestructuración de la empresa, entre las que se incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la es-

estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura de capital del deudor, incluidas las transmisiones de activos, de unidades productivas o de la propia empresa en funcionamiento, así como cualquier otra medida operativa necesaria (art. 1.1 de la Directiva 2019/1023 y art. 614 TRLC).

La Directiva 2019/1023, reitera en múltiples ocasiones que su objetivo es poner a disposición de los deudores en dificultades financieras marcos nacionales de reestructuración efectiva, entre los que se encuentran los planes de reestructuración, que permitan la continuación del deudor.³ Es más, pretende incentivar e incluso animar⁴ a los deudores que inician a tener dificultades financieras a utilizar los procedimientos de reestructuración⁵, que se ponen precisamente a su disposición.⁶ En sus considerandos, expresamente manifiesta que «[C]uando la presente Directiva se aplique mediante más de un procedimiento en un marco de reestructuración, el deudor debe poder acogerse a todos los derechos y garantías previstos por la presente Directiva con el fin de lograr una reestructuración efectiva» (Considerando 29).

Que los marcos de reestructuración preventiva constituyen instrumentos cuyos principales usuarios son los deudores, además de quedar reflejado en los Considerandos antes mencionados, se positiviza en diversos artículos de la citada Directiva. Así, en el apartado 1.a de su primer artículo, dedicado a su objeto y ámbito de aplicación, se dispone que «La presente Directiva establece normas sobre: a) los marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente, con objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor;» Y el artículo 4, titulado precisamente «Disponibilidad de los marcos de reestructuración preventiva», en su primer apartado establece que «Los Estados miembros se cer-

3. V. Considerando (1) de la Directiva 2019/1023: «La presente Directiva pretende eliminar tales obstáculos sin que ello afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores, garantizando que: las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad;».

4. V. Considerando 30 de la Directiva 2019/1023: «Para evitar costes innecesarios, reflejar el carácter anticipatorio de la reestructuración preventiva y animar a los deudores a solicitar la reestructuración preventiva en un momento temprano de sus dificultades financieras, tales deudores deben conservar, en principio, el control sobre sus activos y la gestión cotidiana de su actividad empresarial.»

5. V. Considerando (22) de la Directiva 2019/1023: «Cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente ... Debe facilitarse información clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva, así como sobre una o más herramientas de alerta temprana, con el fin de incentivar a aquellos deudores que empiezan a sufrir dificultades financieras a que tomen medidas a tiempo...»

6. V. Considerando (24) de la Directiva 2019/1023: «El marco de reestructuración debe estar a disposición de los deudores, entre ellos las entidades jurídicas y, si así lo dispone la normativa nacional, también las personas físicas y los grupos de empresas, para que puedan hacer frente a sus dificultades financieras en un momento temprano, cuando resulta posible prevenir su insolvencia y garantizar la viabilidad de las actividades empresariales...»

ciorarán de que, cuando se hallen en un estado de insolvencia inminente, los deudores tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar, con el fin de evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad, sin perjuicio de otras soluciones destinadas a evitar la insolvencia, protegiendo así el empleo y manteniendo la actividad empresarial.»

Y esa misma idea se reitera nuevamente en el art. 9 de la Directiva, dedicado específicamente a los planes de reestructuración. Mientras en el primer párrafo del apartado primero de esa norma impone a los Estados miembros la obligación de velar por que, «independientemente de quién solicite un procedimiento de reestructuración preventiva de conformidad con el artículo 4, los deudores tengan derecho a presentar planes de reestructuración para su adopción por las partes afectadas», deja a la elección de los Estados miembros la posibilidad de prever que los acreedores y los administradores en materia de reestructuración tengan derecho a presentar planes de reestructuración (art. 9.1 segundo inciso).

Cuando el legislador español traspuso la Directiva 2019/1023, también siguió esa misma senda, cuando en el Preámbulo de la Ley 16/2022 afirma que «las empresas podrán acogerse a los planes de reestructuración en una situación de probabilidad de insolvencia, previa a la insolvencia inminente que se exige para poder recurrir a los actuales instrumentos» (I)⁷ y, en el nuevo art. 583.1 TRLC establece que cualquier persona, natural o jurídica, que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional, si se encuentra en situación de insolvencia, podrá realizar la comunicación de apertura de negociaciones con sus acreedores o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración.

3. El procedimiento de homologación y la contradicción previa o posterior

Quedan sometidos al Título III del Libro Segundo del TRLC aquellos planes de reestructuración que prevean una extensión de sus efectos a los acreedores afectados que no hayan votado a favor del plan o a los socios del deudor persona jurídica que no lo hayan aprobado, y/o cuando se pretenda la resolución de contratos en interés de la reestructuración, y/o cuando se pretenda blindar frente a futuras acciones rescisorias la financiación interina, la nueva financiación contemplada y las distintas medidas previstas en el plan, así como reconocer a esa financiación las preferencias de cobro previstas en el Libro Primero.

7. Añadiendo en el apartado III del Preámbulo que «Un deudor que tenga probabilidad de insolvencia no puede ser sujeto de un concurso de acreedores, pero puede utilizar los mecanismos que integran el derecho preconcursal».

En tales casos, para obtener dichos efectos, es necesaria la homologación judicial del plan (arts. 615 y 635 TRLC).

Nótese que en ningún momento el TRLC contempla expresamente la posibilidad de extender los efectos del plan al deudor persona jurídica, sí a sus socios si, conteniendo el plan medidas que requieran un acuerdo en junta, no lo aprueben.

No obstante, la posibilidad de que los acreedores impongan un plan de reestructuración al deudor persona jurídica o, dicho con otras palabras, que el plan no cuente con el consentimiento del deudor, se basa fundamentalmente en una concreta interpretación del art. 640 TRLC⁸ en relación con el art. 684.2 TRLC, apoyada en que el art. 4.8 de la Directiva 2019/1023, en cuya virtud «[L]os Estados miembros también podrán establecer que los marcos de reestructuración preventiva establecidos en virtud de la presente Directiva estén disponibles a petición de los acreedores y de los representantes de los trabajadores, a reserva del consentimiento de los deudores. Los Estados miembros podrán limitar ese requisito de obtener el consentimiento del deudor a los casos en que los deudores sean pymes.»⁹ Por el contrario, quien sostiene el necesario consentimiento del deudor persona jurídica¹⁰, con independencia de que los socios, en su caso, hayan o no votado a favor, se basan, entre otros argumentos, en la falta de desapoderamiento del deudor persona jurídica (art. 594 TRLC), manteniendo en todo momento su órgano de administración las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, en la legitimación activa del deudor para solicitar la homologación, en la falta de previsión legal de que éste pueda oponerse al plan, el tenor literal del art. 638.3º TRLC, etc.

Como he indicado anteriormente, no es el objeto de estas páginas entrar en esa polémica, sino plantear la necesidad de una lectura constitucional del TRLC

8. Art. 640 TRLC. Aprobación por el deudor y, en su caso, los socios. 1. Si el deudor fuera persona natural, la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por este.

2. Si el deudor fuera una persona jurídica, la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por los socios legalmente responsables de las deudas sociales. En caso de que estos socios no existieran, y el plan contuviera medidas que requieran acuerdo de la junta de socios, el plan de reestructuración se podrá homologar aunque no haya sido aprobado por los socios si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente.

9. V. una síntesis de los argumentos que sostienen esta posición puede verse en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Planes de reestructuración: Algunas reflexiones sobre la práctica reciente (III)», en Almacén de Derecho, <https://almacendederecho.org/planes-de-reestructuracion-algunas-reflexiones-sobre-la-practica-reciente-iii> (última visita 30.9.24).

10. En este sentido, v., por todos, CAMPUZANO, A.B., «Consideración crítica sobre la posición del deudor persona jurídica en los planes de reestructuración preconcursales», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 328, abril-marzo 2023).

en caso de asumir la hipótesis de que la homologación de un plan de reestructuración de un deudor persona jurídica no precisa de su consentimiento.

En otro orden de consideraciones y por lo que luego se dirá, un plan de reestructuración, para poder ser homologado judicialmente, requiere que haya sido aprobado por los acreedores que, a esos efectos, se dividen en clases (art. 622 y ss. TRLC). En ese sentido, se habla de planes «consensuales» cuando han sido aprobados por todas las clases de acreedores (art. 638.3º TRLC) y de planes «no consensuales» cuando no han sido aprobados por todas las clases de acreedores en los términos del art. 639 TRLC.

En cuanto al procedimiento de homologación (art. 641 y ss. TRLC), se inicia mediante la solicitud presentada por el deudor o por algún acreedor que haya suscrito el plan y, tras su admisión a trámite mediante providencia que ha de ser publicada en el Registro público concursal, el juez de lo mercantil, mediante auto, homologará el plan tras efectuar un control eminentemente formal (art. 647 TRLC).

El auto de homologación del plan —dictado *inaudita parte*— puede ser impugnado ante la Audiencia Provincial (art. 653 y ss. TRLC), otorgándose expresamente la legitimación a tal fin a los acreedores afectados que no hayan votado a favor del plan —aprobado por todas las clases (art. 654 TRLC) o no aprobado por todas las clases (art. 655 LEC)— y a los socios del deudor persona jurídica que no hayan aprobado el plan cuando tal aprobación sea necesaria. Adicionalmente, si el plan prevé la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, la parte afectada también está legitimada para impugnar el auto de homologación (art. 657). Llamamos la atención sobre la circunstancia de que el TRLC no otorga expresamente legitimación activa al deudor para impugnar el auto de homologación.

Alternativamente al sistema anterior de contradicción posterior a la homologación, los arts. 662 y 663 TRLC permiten que, en la solicitud de homologación, el solicitante opte por la contradicción previa a la homologación que será resuelta por el mismo juzgado de lo mercantil ante el que se presentó la solicitud. Dicho con otras palabras, el solicitante puede optar por sustituir el trámite de homologación *inaudita parte* con un mecanismo posterior de impugnación, por otro de dictado del auto de homologación con previa audiencia. La legitimación y las causas de impugnación son las mismas ya se trate de la impugnación o de la oposición a la homologación. (art. 663.2ª TRLC).

Por último, indicar que unas de las causas de impugnación u oposición previstas en el art. 654 TRLC, es que la formación de clases de acreedores no se ajuste a la legalidad. Sin embargo, esa causa no puede alegarse si previamente se

ha acudido al procedimiento facultativo de confirmación judicial de clases de los arts. 625 y 626 TRLC. En efecto, se permite que, con carácter previo a la solicitud de homologación del plan, incluso antes de la votación del mismo, «el deudor» y los acreedores que representen más del 50% del pasivo afectado por el plan, soliciten al juez de lo mercantil que confirme la correcta formación de clases. En ese breve procedimiento, el TRLC expresamente concede legitimación para oponerse a la solicitud de confirmación de clases a los acreedores que puedan verse afectados por la formación de clases solicitada, pero no contempla la oposición del deudor.

4. Lectura constitucional del procedimiento

De cuanto hemos expuesto resulta, en primer lugar, que los planes de reestructuración son instrumentos puestos al servicio de los deudores y, en segundo lugar, que el TRLC legitima a cualquier deudor, por lo que ahora interesa al deudor persona jurídica, a solicitar la homologación del plan y no lo desapodera en ningún momento, pero, sin embargo, no contempla que pueda oponerse a una y otra petición cuando los solicitantes son los acreedores.

Si se acepta la tesis de que todo plan de reestructuración de un deudor persona jurídica —y la solicitud de confirmación judicial de clases— debe contar con el consentimiento del deudor, es absolutamente lógico y natural que no se le otorgue legitimación para impugnar el auto de homologación o, en su caso, oponerse a la homologación y a la confirmación judicial de clases.

Ahora bien, si partimos de la hipótesis contraria, esto es, de que, sin el consentimiento del deudor persona jurídica —de su órgano de administración— puede homologarse un plan de reestructuración de ese deudor o confirmarse judicialmente las clases de acreedores que van a votar ese plan, una lectura constitucional del TRLC impone otorgar legitimación activa al deudor persona jurídica para oponerse o impugnar a pesar de que no esté expresamente contemplada, pues en otro caso se estaría vulnerando el contenido esencial y primario del derecho a la tutela judicial efectiva, como lo es el derecho de audiencia.¹¹

11. Sin embargo, existe una resolución judicial en la que, resolviendo la oposición a la solicitud de homologación de un plan de reestructuración de un deudor persona jurídica que no dio su consentimiento al plan —tampoco sus socios, quienes sí se opusieron—, denegó la intervención en el procedimiento al deudor al entender que no cabe distinción entre la sociedad y los titulares de las acciones o las participaciones sociales. Nos referimos a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona 26/2023, de 4 de septiembre.

Huelga recordar que el art. 24.1 de la Constitución, reconoce a todas las personas, físicas jurídicas¹², el derecho a «obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos» y que no añade ningún calificativo a los derechos e intereses más que el de que sean legítimos, por tanto, cualquier derecho o interés legítimo tiene cabida en el precepto, ya sea directo, indirecto o reflejo.¹³

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva,¹⁴ es profusa y clara a la hora de establecer que ese derecho se otorga a los titulares de derechos subjetivos y también de intereses legítimos.¹⁵ Según el Tribunal Constitucional, el interés legítimo al que alude el art. 24.1 CE consiste en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, tenga o no carácter patrimonial,¹⁶ e impone a los tribunales el deber de interpretarlos en sentido amplio, estableciendo a estos efectos que el concepto de interés legítimo es más amplio que el de interés directo o el de derecho subjetivo.¹⁷ Por tanto, se garantiza el derecho a poder ser parte en todo procedimiento que pueda afectar de algún modo al ciudadano.

El interés legítimo del deudor persona jurídica en el procedimiento de confirmación judicial de clases y todavía más en el de homologación, no es indirecto ni superficial, sino todo lo contrario, es directo y así viene claramente establecido en los arts. 625 y 643 TRLC cuando le otorgan legitimación activa para instar, respectivamente, la confirmación judicial de clases y la homologación del plan. Esos preceptos, no sólo legitima al deudor para intervenir como parte, sino también para promover, como parte actora, la confirmación judicial de

12. Entre otras muchas, SSTC 211/1996, de 17 de diciembre; 129/1995, de 11 de septiembre; 91/1995, de 19 de junio; 34/1994, de 31 de marzo.

13. Es por ello que nuestro sistema procesal civil permite la intervención en juicio, como parte, no sólo a aquéllos que ostentan la legitimación ordinaria del art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), sino también a quienes ostenten un interés directo y legítimo en el resultado del pleito (arts. 13.1 y 150 LEC), ya sea este interés opuesto total o parcialmente con el de las demás partes (intervención principal), provenga de ser cotitular del derecho deducido en juicio (intervención litisconsorcial), o consista en evitar un perjuicio – jurídico o económico – que le seguiría de los efectos reflejos de la sentencia que se dicte en dicho juicio. Se trata de una cuestión unánimemente admitida por la jurisprudencia y por la doctrina. En este sentido, a título meramente ejemplificativo v. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, Atelier, Barcelona, 2008, T. II, pág. 995 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 202, págs. 114 y 115.

14. V. PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2012.

15. SSTC 58/2011, de 3 de mayo; 174/2002, de 9 de octubre; 143/1994, de 9 de mayo; 4/1985, de 11 de julio; 74/1984, de 27 de junio, entre otras.

16. SSTC 42/2009, de 13 de enero; 33/2009, de 9 de febrero; 202/2007, de 24 de septiembre; 112/2004, de 12 de julio; 101/1996, de 11 de junio; 143/1994, de 9 de mayo; 97/1991, de 9 de mayo; o 62/1983, de 11 de julio.

17. SSTC 101/1996, de 11 de junio; 93/1990, de 23 de mayo, entre otras.

clases y la homologación del plan. En definitiva, si el TRLC otorga al deudor persona jurídica legitimación es porque lo el objeto del procedimiento de confirmación de clases y de homologación y lo que en ellos ha de resolverse le afecta directamente, lo que ha de permitir al deudor oponerse o impugnar cuando la formación judicial de clases o la homologación del plan es solicitada por los acreedores.

Y ese interés legítimo del deudor persona jurídica es si cabe mucho más acusado en el procedimiento de homologación, donde la afectación de su esfera jurídica se presenta con mayor nitidez: se pueden modificar los términos de sus obligaciones, imponer obligaciones nuevas, transmitir sus activos, capitalizar deuda, resolver contratos, modificar la composición de los órganos de administración, etc., al tiempo que se discute, entre otros extremos, sobre su viabilidad económica, su valoración.

A mayor abundamiento, el reconocimiento, como mínimo, de un interés legítimo del deudor en el procedimiento de confirmación de clases (art. 625 TRLC) y en el procedimiento de homologación (art. 643 TRLC), no puede mutar o desaparecer en función de la existencia o inexistencia de acuerdo previo con los acreedores sobre las clases o sobre el plan. Esos preceptos, al conferir legitimación activa al deudor para solicitar la confirmación de clases o la homologación del plan, no distinguen entre planes consensuados y no consensuados con el deudor

Es más, precisamente cuando las clases cuya confirmación judicial se solicita o el plan cuya homologación se pretende no han sido consensuados con el deudor persona jurídica, es cuando éste tiene interés en intervenir en defensa de sus legítimos intereses para prevenir y evitar una resolución contraria a derecho y perjudicial para su interés.

No puede sostenerse que, como el TRLC permite formular oposición o impugnar a los socios, éstos ya tienen la posibilidad de defender el interés de la persona jurídica. En primer lugar, porque, por lo que respecta a la confirmación judicial de clases y a la homologación de planes de reestructuración que no contemplen medidas que requieran acuerdo de la junta de socios, el TRLC ni siquiera contempla expresamente que los socios podrán oponerse. Y, en segundo lugar, porque ello implicaría negar al deudor su condición de persona y de sujeto de derechos que le reconocen los arts. 35 y 38 del Código de Comercio y 33 de la Ley de Sociedades de Capital.

Desde una perspectiva de legalidad ordinaria, no podemos olvidar que el art. 3.1 CC obliga a interpretar las normas en su contexto y que art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece el deber de Jueces y Tribunales de inter-

pretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, de conformidad con la interpretación que de los mismos haya efectuado el Tribunal Constitucional, así como el de interpretar las normas acomodándolas al ordenamiento constitucional y, si ello no fuese posible, le impone asimismo el deber de plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

Y, en nuestro sistema procesal, o se tiene la condición de parte, con todas sus consecuencias, o no se tiene, siendo un mero tercero que nada puede decir, ni alegar, ni probar, ni recurrir, etc. Incluso el tercero que tiene un interés legítimo en intervenir y así lo solicita, si se le concede la intervención adquiere la plena condición de parte. No hay estadios intermedios entre ser parte y no serlo y tampoco hay «clases» de partes con mayores o menores expectativas procesales,¹⁸ por lo que no cabe sino concluir que el deudor persona jurídica debe ser oído tanto en el procedimiento de confirmación de clases como en el de homologación del plan, pudiendo a tal efecto oponerse o impugnar cuando esas clases o ese plan no cuente con su consentimiento, el de la persona jurídica.

18. En este sentido, entre otros, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, cit. pág. 115.

XV | La procura y el acceso al punto neutro judicial. Una propuesta de reforma legislativa

Vicente Pérez Daudí

Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA. 2. INTRODUCCIÓN. 3. EL PROCURADOR COMO COLABORADOR DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. 4. LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS POR EL LEGISLADOR AL PROCURADOR EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN. 5. LA DIGITALIZACIÓN Y LA INEFICIENCIA DE LA JUSTICIA. 6. LAS NOTIFICACIONES. LA REGULACIÓN ACTUAL Y LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS. 7. LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL DEL PATRIMONIO DEL EJECUTADO EN UN PROCESO JUDICIAL. 7.1 LA COMPETENCIA PARA REALIZAR LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN DEL DOMICILIO Y DEL PATRIMONIO DEL DEMANDADO Y DEL EJECUTADO EN UN PROCESO JUDICIAL. 7.2. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL PUNTO NEUTRO JUDICIAL. 7.3. LA INVESTIGACIÓN DEL DOMICILIO. 7.4. EL FUNCIONAMIENTO DE LA AVERIGUACIÓN PATRIMONIAL Y LA EFICACIA DE LA EJECUCIÓN. 8. PROPUESTA DE REFORMA. 9. ANEXO. TEXTO DE LAS MODIFICACIONES PROPUESTAS. 10. ASPECTOS DE FUTURO. 11. CONCLUSIONES. 12. BIBLIOGRAFIA CITADA.

1. Justificación del tema

Al plantearme qué tema tenía que trabajar para contribuir al libro homenaje al profesor Manuel Cachón Cadenas no tuve ninguna duda. Tenía que ser una materia relacionada con el proceso de ejecución y su efectividad. La realidad es que no funciona. Así basta con constatar que según la estadística en 2014 se tardaba en finalizar un proceso de ejecución 34,2 meses y en 2023 42,4 meses¹. Considero que es inasumible estos retrasos en dotar de efectividad a los títulos ejecutivos, sean o no judiciales.

1. [https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=20&anio=2023&territorio=Espa%C3%B1a&proc=Ejecuciones%20civiles%20\(Total\)](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=20&anio=2023&territorio=Espa%C3%B1a&proc=Ejecuciones%20civiles%20(Total)). Última consulta realizada el 13 de octubre de 2024.

El profesor Manuel Cachón Cadenas es consciente de este problema. Así en una última intervención que tenía que realizar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza en marzo de 2020, organizada por los profesores Juan Herrero y Javier Sánchez y que tuvo que suspenderse por el confinamiento decretado para combatir la pandemia, iba a hablar sobre los aciertos, carencias y excesos del proceso de ejecución en un congreso que tenía por título los aciertos y carencias del proceso. Afortunadamente los directores de la jornada decidieron publicar las intervenciones².

El profesor Cachón Cadenas no sólo se limitó a denunciar el problema planteado, sino que también ofrecía las soluciones al legislador. Así a través de la Comisión de Normativa del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona y de la colaboración con el Ilustre Colegio de Procuradores de los Tribunales de Barcelona redactó y propuso enmiendas. Entre ellas destaco precisamente la que es objeto de este trabajo. Cuando se estaba tramitando la ley 21/2014 se presentó una enmienda por el ICAB y el ICPB para regular el Punto Neutro Judicial y ampliar las competencias del procurador como colaborador de la Administración de Justicia, en cuya redacción participó de forma activa el profesor Cachón Cadenas.

La regulación propuesta hubiera contribuido a dotar de mayor efectividad al proceso judicial. Obviamente no es el único remedio que tendría que habilitarse para lograrlo ya que habría que dotar de medios a los Juzgados y Tribunales y reformar la oficina judicial y la función de los profesionales que colaboran con la Administración de Justicia para lograrlo. Lamentablemente, han transcurrido 10 años desde esa propuesta de reforma y la situación del proceso de ejecución ha empeorado. Y lo que es más grave el legislador no afronta este problema que tenemos y que afecta a un derecho fundamental como es el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este trabajo rindo homenaje al profesor Cachón Cadenas como universitario riguroso y comprometido con la sociedad, que le lleva a proponer soluciones al legislador, colaborar con la judicatura, los colegios profesionales (en especial el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona y el Ilustre Colegio de los Procuradores de los Tribunales de Barcelona) y otras instituciones, para mejorar la situación judicial existente que incide en las personas que acuden a los Tribunales para lograr la eficacia de su derechos reconocidos por una sentencia judicial o por otro título ejecutivo.

2. *Aciertos, excesos y carencias del proceso*, editorial Atelier, 2020. Dir. Juan Herrero y Javier Sánchez.

2. Introducción

Al plantearme qué tema tenía que trabajar para contribuir al libro homenaje al profesor Manuel Cachón Cadenas no tuve ninguna duda. Tenía que ser una materia relacionada con el proceso de ejecución y su efectividad. La realidad es que no funciona. Basta con ver las estadísticas que publica anualmente el Consejo General del Poder Judicial en el portal de transparencia para detectar el problema³. Como se puede comprobar las múltiples reformas legislativas del proceso civil no ha logrado dotarle de mayor efectividad. Así basta con constatar que según la estadística en 2014 se tardaba en finalizar un proceso de ejecución 34,2 meses y en 2023 42,4 meses. Considero que es inasumible estos retrasos en dotar de efectividad a los títulos ejecutivos, sean o no judiciales.

El profesor Manuel Cachón Cadenas es consciente de este problema. Así en una última intervención que tenía que realizar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el 17 de marzo de 2020, organizada por los profesores Juan Herrero y Javier Sánchez y que tuvo que suspenderse por el confinamiento decretado para combatir la pandemia, iba a hablar sobre los aciertos, carencias y excesos del proceso de ejecución en un congreso que tenía por títulos los aciertos y carencias del proceso. Afortunadamente los directores de la jornada decidieron publicar las intervenciones⁴.

El profesor Cachón Cadenas no sólo se limitó a denunciar el problema planteado, sino que también ofrecía las soluciones al legislador. Así a través de la Comisión de Normativa del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona y de la colaboración con el Ilustres Colegio de Procuradores de los Tribunales de Barcelona redactó y propuso enmiendas. Entre ellas destaco precisamente la que es objeto de este trabajo. Cuando se estaba tramitando la ley 21/2014 se presentó una enmienda por el ICAB y el ICPB para regular el Punto Neutro Judicial y ampliar las competencias del procurador como colaborador de la Administración de Justicia, en cuya redacción participó de forma activa el profesor Cachón Cadenas.

La regulación propuesta hubiera contribuido a dotar de mayor efectividad al proceso judicial. Obviamente no es el único remedio que tendría que habilitarse para lograrlo ya que habría que dotar de medios a los Juzgados y Tribunales y reformar la oficina judicial y la función de los profesionales que colaboran con la Administración de Justicia para lograrlo. Lamentablemente, han trans-

3. [https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=20&anio=2023&territorio=Espa%C3%B1a&proc=Ejecuciones%20civiles%20\(Total\)](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=20&anio=2023&territorio=Espa%C3%B1a&proc=Ejecuciones%20civiles%20(Total)). Última consulta realizada el 13 de octubre de 2024.

4. *Acertos, excesos y carencias del proceso*, editorial Atelier, 2020. Dir. Juan Herrero y Javier Sánchez.

currido 10 años desde esa propuesta de reforma y la situación del proceso de ejecución ha empeorado. Y lo que es más grave el legislador no afronta este problema que tenemos y que afecta a un derecho fundamental como es el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este trabajo rindo homenaje al profesor Cachón Cadenas como universitario riguroso y comprometido con la sociedad, que le lleva a proponer soluciones al legislador, colaborar con la judicatura, los colegios profesionales (en especial el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona y el Ilustre Colegio de los Procuradores de los Tribunales de Barcelona) y otras instituciones, para mejorar la situación judicial existente que incide en las personas que acuden a los Tribunales para lograr la eficacia de su derechos reconocidos por una sentencia judicial o por otro título ejecutivo.

Cuando nos aproximamos al Procurador de los Tribunales se nos plantea la cuestión de la naturaleza de su intervención en el proceso. La primera impresión es que nos hallamos ante un representante de parte en el proceso. La LEC prevé en el artículo 23 su intervención como preceptiva, exceptuando las reclamaciones de mínima cuantía o las actuaciones judiciales previas al inicio del proceso que tienen carácter urgente y en que la obligación legal puede perjudicar su eficacia. Desde esta perspectiva se observa al procurador como una excepción en los Estados de nuestro entorno jurídico ya que no existe un equivalente en otros ordenamientos jurídicos en el que la representación de la parte es asumida por el abogado.

Si profundizamos en sus funciones podemos constatar como su intervención en el proceso va más allá de actuar como representante de la parte en el proceso y nos hallamos ante un colaborador de la Administración de Justicia. Es cierto que la esencia de su actuación procesal es su calidad de representante de la parte, pero la realidad es que su participación va más allá interviniendo para agilizar el proceso judicial y llegar allí donde no lo hace la oficina judicial.

Desde una perspectiva histórica la intervención preceptiva del procurador de forma general tiene su origen en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, se mantuvo en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000⁵. De esta forma se seguía un modelo ya existente en otros Estados como en Italia⁶, en el que también era preceptiva pero que fue asu-

5. Ver ampliamente el análisis que realiza ASO ROCA, Jaime Luis, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Sonia María, en *El procurador de los Tribunales como eficaz colaborador de la Administración de Justicia*, edit. Jurua, 2022, pp. 7 y ss.

6. El origen de la representación procesal la expone SATTA, Salvatore, en *Manual de Derecho Procesal Civil*, volumen I, edit. EJE, Buenos Aires, 1971, p. 98, nota 15.

mida por los abogados en la reforma del Codice di Procedura Civile por la ley 27/1997⁷. Sin embargo, otros como Alemania siempre han seguido el régimen de representación a través del abogado, desconociendo la figura del procurador⁸.

3. El procurador como colaborador de la administración de justicia

La intervención del procurador en los procesos judiciales va más allá de esta función de representación, actuando como un colaborador del órgano jurisdiccional para dotar de mayor eficacia al proceso judicial. Este rol lo ha asumido desde un primer momento en que su intervención fue preceptiva, pero la aprobación de la LEC en 1881 primó su carácter de representante. La LEC del año 2000 le otorgó mayores facultades⁹, pero faltó otorgarle mayores funciones en el proceso. Lo cierto es que el legislador no ha utilizado el potencial del procurador como ayudante de la Administración de Justicia.

Esta tendencia parece revertirse con la ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que otorga mayores competencias a los Procuradores de los Tribunales. El apartado III de la exposición de motivos reconoce el papel activo y eficaz que tuvieron en la modernización de la Administración de Justicia. Así afirma textualmente que «los procuradores han ido asumiendo, a medida que la situación lo ha ido requiriendo, en virtud de su condición de cooperadores de la Administración de Justicia, un mayor protagonismo en las labores de gestión y tramitación de los procedimientos judiciales, desempeñando en parte funciones que hoy en día compatibilizan con su originaria función de representantes procesales de los litigantes».

7. Tal como afirma COLUZZI, Francesca, se trataba de una distinción anacrónica (en *Le fonti di diritto italiano. Codice di Procedura Civile*, Giuffrè editore, Milán, 2010, vol. 1, p. 602).

8. Ver ampliamente el análisis que efectúa FERNÁNDEZ GALARRETA, Francisco Javier, en su tesis doctoral *La preceptividad de la representación procesal por medio del procurador a examen*, Universidad del País Vasco, 2021, pp. 195 y ss.

9. El artículo 3 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, aprobado por el Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, regula las funciones del procurador, indicando que se encargan de la representación y del «fiel cumplimiento de aquellas funciones o de la prestación de aquellos servicios que, como cooperadores de la Administración de Justicia, les encomienden las leyes». ARIZA COLMENAREJO, María Jesús, analiza las diferencias en la regulación de la LEC de 1881 y de 2000 y pone de manifiesto como en la primera la colaboración con la Administración de Justicia era consecuencia de la representación preceptiva, mientras que en la segunda es una función que está en igualdad de condiciones y ambas son asumidas por los Procuradores (en «El procurador en el ámbito de los juicios rápidos civiles», en *Diario La Ley*, 12 de septiembre de 2005, p. 2. Posteriormente lo desarrolla también en «El acto de comunicación entre las funciones de los procuradores», en *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, diciembre 2012, pg. 12).

Una de las funciones que le atribuye el legislador es la capacidad de certificación para realizar todos los actos de comunicación. Me parece relevante la justificación que se da en la exposición de motivos y es que «los procuradores deberán actuar necesariamente de forma personal e indelegable, con pleno sometimiento a los requisitos procesales que rigen cada acto, bajo la estricta dirección del secretario judicial y control judicial, previéndose expresamente que su actuación será impugnada ante el secretario judicial y que contra el decreto resolutorio de esta impugnación se podrá interponer, a su vez, recurso de revisión ante el tribunal».

Las objeciones técnicas que se pueden realizar las advierte el Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de ley, que finalmente fue aprobado como la ley 42/2015 citada, y son: la atribución de funciones públicas al procurador, que es representante procesal de la parte; y la creación de dos tipos de justicia, una gratuita y otra de pago. Sobre la primera el CGPJ no ve ningún inconveniente por la doble naturaleza de las funciones que históricamente se han atribuido al procurador, de carácter público y privado. En relación con la segunda plantea su preocupación por la posible creación de una justicia de dos velocidades.

En España será necesario realizar un análisis de la distinción profesional entre abogado y procurador, teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la normativa de la Unión Europea, adaptando la regulación estatal. En su desarrollo se debería prestar una especial consideración a su función como colaborador de la Administración de Justicia. Históricamente es cierto que actúan como representantes de parte, pero desde esta posición han contribuido de forma activa a la modernización y digitalización de la Administración de Justicia. Un ejemplo reciente es la recepción de las notificaciones judiciales y la organización del sistema informático a tal efecto.

4. Las funciones atribuidas por el legislador al procurador en el proceso de ejecución

Actualmente el procurador interviene en el proceso de ejecución como representante de parte y como colaborador de la Administración de Justicia.

El artículo 539 LEC regula la representación y defensa de las partes en el proceso de ejecución, siendo obligatoria en los que deriven de un proceso judicial declarativo en que sea preceptiva, en la derivada de procesos monitorios, de un acuerdo de mediación y de un laudo arbitral si la cantidad por la que se despacha ejecución es superior a 2.000 €.

La función de colaboración con la Administración de Justicia se manifiesta en tres actividades que es el diligenciamiento de oficios, exhortos y mandamientos¹⁰ y las notificaciones¹¹. Además, puede intervenir directamente en actos de ejecución por la atribución de funciones que le hace la ley o por delegación del Letrado de Administración de Justicia.

Esta última función me parece especialmente relevante porque el procurador interviene como colaborador de la Administración de Justicia y no como representante de parte. Son ejemplos de esta competencia: el artículo 540 LEC, que prevé que en la investigación judicial del patrimonio el procurador puede diligenciar los oficios que hayan sido librados por el letrado de la Administración de Justicia y recibir la cumplimentación; el artículo 621 LEC, que regula el embargo de saldos permitiendo que se diligencie por el procurador, que recibirá la cumplimentación por la entidad requerida en el mismo momento de su presentación; el artículo 656, que permite que el procurador, debidamente facultado por el Letrado de la Administración de Justicia, solicite la certificación de cargas y dominio, así como el 657 la información sobre cargas extinguidas y aminoradas, que se entrega al procurador para su cumplimiento; el artículo 663 que le permite requerir la presentación de las titularidades de los bienes embargados al ejecutado, y en el caso de no presentación el artículo 664 LEC permite al Letrado de la Administración de Justicia que faculte al procurador para obtenerlos de los registros públicos.

Como puede comprobarse la actividad del procurador en estos casos van más allá del diligenciamiento de oficios y de la notificación de actos procesales, reforzando la función del procurador como colaborador de la Administración de Justicia.

5. La digitalización y la ineficiencia de la justicia

Uno de los retos que actualmente se están planteando en la Justicia es la digitalización de la Justicia. Los ámbitos son múltiples y abarca desde la adaptación del expediente judicial a un formato electrónico hasta la sustitución del juez por lo que se ha denominado inteligencia artificial.

Actualmente se están tramitando dos proyectos de ley y un anteproyecto de eficiencia, que afectarán de forma decisiva a la forma en que las partes y los profesionales se relacionan con la Administración de Justicia. Estos son el pro-

10. Así lo prevén los artículos 156.3, 167.2, 587, 590, 621, 657, 660 y 666.1.2 LEC.

11. Así los artículos 553, 661 y 685 LEC.

yecto de ley de eficiencia procesal y orgánica de eficiencia organizativa¹² y el anteproyecto de ley de eficiencia digital del servicio público de justicia¹³. La ciberjusticia ya se ha implantado en algún ámbito del proceso judicial, como en el punto neutro judicial o la presentación telemática de escritos, así como la recepción de notificaciones judiciales. En teoría, todo ello contribuye a una mayor eficacia de la justicia, pero es insuficiente por sí mismo.

Objetivamente la Justicia, como administración, es cada vez menos eficiente al no dar una respuesta judicial en un tiempo razonable. Si atendemos a los datos estadísticos en el orden civil el tiempo de respuesta judicial en el año 2019 de un proceso declarativo ordinario es de 15,1 meses y en un verbal de 8,4 meses, el proceso de ejecución se alarga hasta los 38 meses. Estos datos contrastan con la evolución histórica ya que en el año 2011 un verbal tardaba en resolverse 7,7 meses, un ordinario 13,2 meses y la ejecución civil 31,5 meses¹⁴.

Indicaba antes que actualmente ya se han implantado aplicaciones telemáticas para dotar de mayor eficacia a la Administración de Justicia, como es la investigación judicial del domicilio y del patrimonio del ejecutado a través del Punto Neutro Judicial, pero tal como están aplicándose resultan ineficientes ya que el tiempo de respuesta judicial se ha alargado en el tiempo. Además, las reformas legislativas que se han implantado para acortar los procesos judiciales han fracasado¹⁵.

Las causas de este problema son variadas, pero es cierto que una de ellas es que no han ido acompañada de un incremento de la dotación presupuestaria destinada a lograr una mayor eficacia de los procesos judiciales. Es evidente que las reformas a coste 0 están llamadas al fracaso e incide directamente en el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos.

12. Aprobados por el Consejo de Ministros el 12 de abril de 2022 y publicados en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 22 de abril de 2022.

13. Aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de noviembre de 2021.

14. Estos datos se pueden consultar en la estimación de tiempos medios de duración de procedimientos judiciales publicado por el Consejo General del Poder Judicial en el portal de transparencia en www.poderjudicial.es, siendo el último acceso efectuado el 28 de marzo de 2022. He tomado como referencia más reciente el año 2019 ya que los datos del año 2020 están afectados por la suspensión de la actividad judicial desde el 14 de marzo de 2020 (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19) hasta el 5 de junio de 2020, en que se reanuda el cómputo de los plazos procesales (Real Decreto Ley 16/2020, de 29 de abril).

15. El proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia reconoce el fracaso de las reformas legislativas en la exposición de motivos. El inicio de esta es significativo ya que reconoce que «el sistema de Justicia de nuestro país, que da soporte al ejercicio de la potestad jurisdiccional, padece desde hace décadas de insuficiencias estructurales, algunas de las cuales sin justificación...». Tras reconocer la falta de inversión afirma que están «derivados más bien de la escasa eficiencia de las soluciones que sucesivamente se han implementado para reforzar la Administración de Justicia como servicio público».

Una posible solución es aprovechar la intervención del procurador en el proceso potenciando su función de colaborador de la Administración de Justicia. En mi opinión hay dos puntos esenciales en que esta labor podría realizarse y es en ampliar sus facultades en la realización de las notificaciones procesales a las partes no personadas o a terceros del proceso, en la investigación judicial del domicilio y del patrimonio del demandado y ejecutado respectivamente. Analizaré cada una de estas propuestas de forma independiente.

6. Las notificaciones. La regulación actual y las comunicaciones electrónicas

La regulación que hace la LEC de las notificaciones es muy compleja, lo que tiene su justificación en preservar el derecho de las partes a estar informados de la pendencia y desarrollo del proceso y de los terceros que resulten afectados por éste. Lo cierto es que es totalmente insatisfactoria porque en la práctica es una de las causas de los retrasos judiciales. Para solventarlo en las grandes ciudades se ha creado un Servicio de Actos de Comunicación, que funciona de manera adecuada pero debido a la escasez de medios y la limitación de los horarios en que realizan las notificaciones en muchas ocasiones son negativas.

Uno de los defectos que tiene la regulación legal es que la LEC no se ha adecuado a la nueva realidad social y es que las comunicaciones entre los ciudadanos se suelen realizar en formato electrónico a través de correos electrónicos o las aplicaciones de mensajería. Las normas procesales siguen ancladas en la notificación escrita a la parte no personada como garantía de su derecho a la tutela judicial efectiva, incluso en los casos en que los receptores estén obligados a comunicarse telemáticamente con la Administración de Justicia. En la práctica forense algunos Tribunales han realizado la notificación de la pendencia del proceso a las partes no personadas, pero el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente su inconstitucionalidad desde la Sentencia 40/2020, de 27 de febrero, que remitiéndose al F.J.4.a de la Sentencia del TC 47/2019, de 8 de abril, dictada en el orden social pero al que es aplicable la regulación de la LEC, declara que «exigibilidad de que el primer emplazamiento judicial del demandado o ejecutado se realice de manera personal y con entrega en papel de la documentación correspondiente con base también en el art. 273.4 LEC, norma que complementa lo previsto en el art. 155 LEC al obligar a su vez a la parte actora a presentar en papel las copias de los escritos y documentos para la primera citación o emplazamiento; y ambas disposiciones son de aplicación supletoria en otros órdenes jurisdiccionales (por ejemplo, arts. 53.1 y 56.1 LJS). El incumplimiento de este deber de emplazamiento personal y su realización alternativa por vía electrónica con base en normas ajenas, tales como las que regulan el régimen de

notificaciones en procedimientos no judiciales, acarrea por tanto la conculcación de aquel derecho fundamental, según dejamos sentado también entonces»¹⁶.

El proyecto de ley de Eficiencia Procesal modifica los artículos 152.2, 155 y 162 de la LEC para regular las notificaciones electrónicas, incluso para el primer emplazamiento de la parte no representada que venga obligada legal o contractualmente a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia. Los actos de comunicación por medios electrónicos se realizarán de conformidad con el artículo 162 de la LEC. En este precepto se regula la forma en que se realizará, pero debo advertir que el apartado segundo prevé que cuando se practique a través de los Colegios de Procuradores y el destinatario no retire el contenido no se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos.

Sería conveniente proponer la modificación de este precepto eliminando la salvedad de que las comunicaciones realizadas a través de los Colegios de Procuradores no surtirán efecto si no se retira el contenido en el plazo de tres días ya que implica hacer depender su eficacia de la voluntad de la persona receptora, lo que es absurdo. Los efectos deben ser idénticos a los que se realizan a través de la oficina judicial.

7. La investigación judicial del patrimonio del ejecutado y el acceso al punto neutro judicial

La LEC regula la investigación del domicilio y del patrimonio del demandado y del ejecutado en distintos artículos:

- El artículo 549 LEC prevé que uno de los contenidos de la demanda ejecutiva es la solicitud de las medidas de localización e investigación que se interese al amparo del artículo 590 de la LEC.
- El artículo 551.3.2 LEC regula el contenido del decreto adoptando medidas ejecutivas concretas, regulando entre ellas las medidas de localización y averiguación de bienes.
- El artículo 554 LEC prevé en el apartado primero que cuando no se establezca el requerimiento de pago las medidas de investigación se llevarán a efecto de inmediato, sin oír al ejecutado ni esperar a la notificación del decreto dictado al efecto. El apartado segundo regula las medidas inmediatas tras el auto de despacho de la ejecución entre las que incluye la

16. Sobre este tema ver extensamente la exposición que realizo en *De la Justicia a la Ciberjusticia*, edit. Atelier, Barcelona, 2021, pp. 75 y ss.

práctica de localización e investigación de bienes cuando lo solicite el ejecutante, sin necesidad de que se practique el requerimiento, cuando fuera preceptiva de conformidad con lo previsto en el artículo 551.3.2 LEC, y cuando la demora puede frustrar el buen fin de la ejecución.

- El artículo 590 LEC regula la investigación judicial del patrimonio del ejecutado. Establece que el Letrado de la Administración de Justicia acordará por diligencia de ordenación dirigirse a las entidades financieras, organizaciones y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, para que faciliten las relaciones de bienes o derechos del ejecutante de los que tengan constancia. El ejecutante puede solicitar que el procurador pueda intervenir en el diligenciamiento de los oficios que se hubieran librado y recibir su cumplimentación.

En la práctica actual la informatización de las relaciones entre los ciudadanos ha provocado que sean esenciales los archivos y bases de datos informáticas. El legislador no regula el acceso a los mismos por parte de los Juzgados y Tribunales, limitándose a establecer en los artículos 118 CE y 17 LOPJ un deber de colaboración de todas las personas y entidades públicas y privadas con los Juzgados y Tribunales en el cuerpo del proceso y en la ejecución de lo resuelto. La LEC lo concreta en los preceptos transcritos, pero de forma sorprendente no realiza referencia alguna al acceso a las bases de datos y registros informáticos, cuyo contenido puede ser fundamental para la efectividad de la tutela judicial.

Precisamente por este motivo el CGPJ ha realizado distintos convenios con instituciones públicas como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria¹⁷ o la Seguridad Social¹⁸ para que los Juzgados y Tribunales puedan acceder a los mismos, de conformidad con lo previsto en el artículo 118 CE y el artículo 17 LOPJ¹⁹.

A continuación, voy a analizar la obtención de la información desde una doble perspectiva: la primera estrictamente procesal analizando la naturaleza de la competencia para realizar los actos de investigación del domicilio y del patri-

17. Convenio de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y la Agencia Estatal de Administración Tributaria en materia de cesión de información tributaria por la Agencia Estatal de Administración Tributaria a Juzgados y Tribunales, de 7 de septiembre de 2010 (publicado en la web www.poderjudicial.es, último acceso el 1 de junio de 2022).

18. Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial, la Tesorería General de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Instituto Social de la Marina, sobre cesión de datos a los órganos de la Administración de Justicia y, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.8 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, suscrito el 1 de diciembre de 2021 y publicado en el BOE de 15 de diciembre de 2021.

19. SÁNCHEZ LÓPEZ, Barbara, expone como se ha reforzado la colaboración con la Administración de Justicia desde la vigencia de la LEC, en *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, 20 años de la LEC 2002, coord. BANACLOCHE PALAO, Julio, edit. La Ley Wolters Kluwer, las Rozas, 2019, p. 178.

monio; la segunda desde los convenios firmados y la legislación que obliga a las personas jurídicas públicas y privadas a colaborar con la Administración de Justicia.

7.1. La competencia para realizar los actos de investigación del domicilio y del patrimonio del demandado y del ejecutado en un proceso judicial

La LEC atribuye la competencia para realizar los actos de investigación judicial del patrimonio del demandado y del ejecutado al Letrado de la Administración de Justicia²⁰. La forma de la resolución prevista es la diligencia de ordenación.

En el proceso judicial se alternan los actos de carácter jurisdiccional y no jurisdiccionales, que son necesarios para su avance. El legislador distingue entre uno y otro reservando los primeros a los Jueces y Magistrados, que son las únicas personas que ostentan jurisdicción, y los segundos al Letrado de la Administración de Justicia y otros intervinientes en el proceso judicial como los procuradores.

La decisión del legislador al regular la investigación del domicilio y del patrimonio del ejecutado y/o demandado es relevante ya que considera que es un acto no jurisdiccional, al ser competencia del Letrado de la Administración de Justicia. Como se ha indicado existe un deber general de colaboración con la Administración de Justicia en el desarrollo del proceso judicial y, en especial, en la ejecución de lo resuelto. Al regularse en el artículo 118 CE ya no es necesario realizar el juicio de ponderación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y otros implicados, como podría ser el de la intimidad previsto en el artículo 18 CE.

La forma de la resolución prevista es la diligencia de ordenación. Ésta se dicta por el Letrado de la Administración de Justicia y se limitan a expresar lo que por ellas se manden, sin que sea preceptiva la motivación salvo que lo disponga la ley o el que las dicte lo estime conveniente²¹. Éstas son las resoluciones más

20. Cuando se aprobó la LEC actualmente vigente la competencia para investigar el domicilio y el patrimonio del demandado y del ejecutado era del Juez o Magistrado. Es la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, la que modifica este criterio y la otorga al Letrado de la Administración de Justicia, dándole al artículo 590 LEC la redacción que actualmente tiene.

21. La forma de las resoluciones se regula en el artículo 208 LEC. La LOPJ regula en el artículo 456 las resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia y prevé en su apartado 2 que son diligencias «las resoluciones necesarias para la tramitación del proceso, salvo aquellas que las leyes procesales reserven a Jueces o Tribunales». El apartado 3 añade que cuando sea conveniente razonar la decisión adoptará la forma de decreto.

sencillas y que son prácticamente automáticas, sin prever ni tan siquiera la necesidad de motivación.

Por lo expuesto puedo concluir que los actos de investigación del domicilio y del patrimonio del demandado y del ejecutado son actos no jurisdiccionales y de mera tramitación. Estos deben distinguirse de los actos ejecutivos en que se ejerce la potestas, que está reservada a los que tienen caracteres esencialmente ejecutivos no jurisdiccionales y que implican una injerencia en la esfera jurídica del ejecutado con la obligación de adoptar una decisión sobre los bienes a embargar.

En el caso de la investigación judicial del patrimonio no hay actividad jurisdiccional ni ejercicio de la potestas del Estado. Además, la resolución que debe dictar el Letrado de la Administración de Justicia no requiere motivación. La explicación es que el artículo 118 CE ya obliga a la colaboración de las personas jurídicas públicas y privadas con los órganos jurisdiccionales en el desarrollo del proceso judicial y en la ejecución de lo ya resuelto. Su fundamento es que ha sido el legislador el que ha realizado el juicio de proporcionalidad exigido por la Constitución en el caso limitación de un derecho fundamental, como es en este caso la intimidad personal. Por todo ello, los artículos 590 LEC y concordantes, citados anteriormente, han optado por atribuir la competencia al Letrado de la Administración de Justicia y debe adoptar la decisión de forma automática previa petición de las partes para localizar los bienes del ejecutado susceptible de embargo.

Siendo así la conclusión es evidente. Si no implica ejercicio de la jurisdicción, al atribuirse al Letrado de la Administración de Justicia, ni de la potestas, al no exigirse la forma de decreto sino de diligencia de ordenación, la misma es delegable y se puede atribuir la función al personal colaborador de la Administración de Justicia. Y en este ámbito el procurador de los Tribunales ya está realizando esta labor al atribuirle la LEC la tramitación de determinados actos de ejecución, tal como he expuesto anteriormente. Por ello, a priori, no existe ninguna dificultad derivada de la naturaleza jurídica del acto para atribuirlo al procurador.

En mi opinión sería conveniente reformar el artículo 590 LEC con una doble finalidad: la primera es introducir el punto neutro judicial en la regulación²² y la segunda es atribuir la competencia para consultarlo al procurador de los

22. En el mismo sentido se pronuncia CACHÓN CADENAS, Manuel, en «Aciertos, excesos y carencias en la tramitación de la ejecución», en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, edit. Atelier, Barcelona, 2020, p. 221.

Tribunales. Este aspecto lo analizaré tras desarrollar la regulación actual del punto neutro judicial.

7.2. La regulación actual del punto neutro judicial

Es indudable que el acceso a la información que tienen las entidades públicas del domicilio y del patrimonio del demandado y del ejecutado es esencial para asegurar el correcto desarrollo del proceso y la ejecución de lo ya resuelto. Hasta ahora la regulación legislativa se limita a establecer la obligación general de colaborar con la Administración de Justicia en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto prevista en el artículo 118 CE. El CGPJ ha optado por acudir al sistema de convenios para dotarle de eficacia ante las distintas administraciones públicas con la creación de una plataforma telemática que se denomina Punto Neutro Judicial.

El punto neutro judicial no está previsto en la LEC, sino que ha sido una creación del Consejo General del Poder Judicial a través del acuerdo del pleno de 20 de febrero de 2002²³. Actualmente el CGPJ ha firmado convenios con 10 instituciones relativas a consultas patrimoniales y domiciliarias, entre los que destaca los firmados con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la Seguridad Social. No voy a realizar un análisis de los convenios, sino que me voy a limitar a indicar que los mismos responden al deber de colaboración con los jueces y tribunales previsto en los artículos 118 CE y 17 de la LOPJ. Específicamente se recoge esta obligación en los artículos 95 de la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y 77.1.h del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2016, de 30 de octubre, entre otros.

Otros textos relacionados con el acceso al Punto Neutro Judicial son el Protocolo para la Gestión de acceso de los Usuarios a los Servicios del PNJ, aprobado por la Comisión de Informática del CGPJ de 29 de marzo de 2007, y el Protocolo a seguir ante el uso indebido de las consultas accesibles desde el PNJ, aprobado por el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 26 de febrero de 2009. En este último se pone de manifiesto que una de las obligaciones que asume el CGPJ en los distintos convenios firmados para acceso a los datos que tienen las entidades públicas a través del PNJ es controlar su uso indebido. En el protocolo de uso indebido se acuerda calificar como tal todas las consultas que, sin estar autorizadas por resolución judicial, se realicen a

23. Sobre el mismo ver ampliamente la revista *Ejusticia*, de enero de 2012, que se puede consultar en la página web del Consejo General del Poder Judicial que tenía, entre otras, la función de facilitar la relación entre los órganos judiciales y el CGPJ y otras instituciones mediante la firma de convenios de colaboración.

través de las aplicaciones disponible en el Punto Neutro Judicial. La sanción inmediata es dar de baja como usuarios y de forma mediata se puede calificar como falta grave o muy grave, remitiéndose copia a las administraciones competentes para que instruyan el correspondiente expediente (acuerdo tercero). finalmente se prevé la realización de las auditorias sobre los accesos realizados para localizar los que sean indebidos.

7.3. La investigación del domicilio

La determinación del domicilio del demandado tiene una incidencia decisiva en el proceso judicial, tanto por la obligación de agotar las posibilidades de notificación personal de la demanda a las partes no personadas como para determinar el órgano jurisdiccional competente territorialmente cuando el fuero sea no dispositivo.

La LEC regula como una carga del demandante la indicación de todos los datos del demandado y que puedan ser de utilidad para su localización en el artículo 155.2 LEC. También debería regularse que en aquellos casos en los que no se pueda realizar la notificación en el domicilio designado por la parte y lo haya asumido el procurador, éste pueda acceder al Punto Neutro Judicial²⁴ para investigarlo y realizarla. esta propuesta sería conveniente que se le permitiese acceder al registro de rebeldes civiles para comprobar la inscripción en el mismo del demandado. En el caso en que constase en el mismo el demandado debería comunicárselo al Letrado de la Administración de Justicia, informando de todas las gestiones realizadas, para que procediera a realizar la comunicación edictal.

Para ello propongo la modificación del artículo 156.1 LEC para introducir la habilitación legal al procurador para realizar la averiguación del domicilio en los casos en que haya asumido la notificación a la parte no personada.

Vinculado con el domicilio del demandado se genera una problemática adicional en el proceso monitorio, en el que la competencia territorial es improrrogable y el fuero es el domicilio del demandado (art. 813 LEC). En muchas ocasiones el demandante no tiene este dato, pero está obligado a presentar la solicitud para poder acceder al mismo. En la práctica

Una opción sería modificar el artículo 256 LEC para introducir una nueva diligencia preliminar que consistiría en la averiguación judicial del domicilio como

24. Me remito al apartado del Punto Neutro Judicial para un desarrollo y análisis del mismo.

medio de preparación del juicio. Esta me parece insatisfactoria porque no contribuirá a dotar de mayor agilidad al proceso judicial ya que se sobrecarga al órgano jurisdiccional con una actuación procesal adicional.

Una solución más adecuada para evitar el peregrinaje jurisdiccional de buscar el órgano jurisdiccional competente ante los cambios de domicilio del deudor habilitar al procurador de la parte para que accediese al punto neutro judicial a efectos de identificar el domicilio del demandado. El problema es que no se puede regular de forma indiscriminada, por ello debe establecerse un filtro para hacerlo posible. Uno de ellos sería acudir a uno de los MASC previsto en el proyecto de ley de eficiencia procesal y acreditar que se ha intentado realizar la notificación en el domicilio conocido por el acreedor sin que haya tenido éxito. Para ello debería acudirse a un tercero como puede ser, por ejemplo, una conciliación judicial. Una opción legislativa sería que la notificación la tramitase el procurador con la autorización expresa por parte del Letrado de la Administración de Justicia de que en caso de ser negativa pudiera acceder al punto neutro judicial para averiguar el domicilio del deudor y debiendo comunicarlo en un plazo de dos días al Letrado de la Administración de Justicia.

7.4. El funcionamiento de la averiguación patrimonial y la eficacia de la ejecución

El funcionamiento de la averiguación patrimonial es parcialmente positivo gracias al éxito relativo del Punto Neutro Judicial. Pero esta valoración debe matizarse porque existen retrasos considerables en la tramitación y comunicación a la parte ejecutante del resultado de la consulta en un momento inicial del proceso, además de que los datos patrimoniales obtenidos no están actualizados.

A modo informativo según información de las últimas averiguaciones patrimoniales y embargos decretados en procesos de ejecución en la provincia de Barcelona (la información se ha obtenido de los partidos judiciales de Barcelona, Cerdanyola, Hospitalet de Llobregat, Manresa, Mataró, Mollet del Vallés, Vilafraanca del Penedés, Rubí, Sabadell, Terrassa y Vic) resultan los siguientes datos:

- de media se tardan 51 días hábiles en dictar el auto con la orden general de ejecución y el decreto adoptando las medidas ejecutivas, al que suele acompañarse el Decreto adoptando medidas ejecutivas y la información sobre el Punto Neutro Judicial.
- Cuando se solicita posteriormente se tarda una media de 36,16 días hábiles en que se notifique la información obtenida del Punto Neutro Judicial.
- El embargo se traba en el plazo medio de 39,8 días hábiles desde la solicitud de la parte.

Los datos son los siguientes²⁵:

	Aut-Decr (días hábiles desde demanda)	ConsultaPNJ (días hábiles desde la petición)	Decr.Emb (días hábiles desde la petición)
Arenys	85	20	20
Badalona/ Sta. Coloma	30	30	30
Baix Llobregat	45	45	45
Barcelona	21	21	21
Cerdanyola	40	20	30
Granollers	70	40	65
Hospitalet	45	45	45
Manresa	20	20	35
Mataró	30	25	20
Mollet	55	40	45
Penedés	90	90	90
Rubí	80	40	30
Sabadell	45	36,5	41
Terrassa	30	45	25
Vic	80	25	55

Además, debe tenerse en cuenta que la información del Punto Neutro Judicial da una foto fija del resultado de la investigación patrimonial que no está actualizada. Por un lado, la información que se obtiene de la AEAT es de las declaraciones tributarias realizadas por el ejecutado. Por otro, los datos de cuentas bancarias no están actualizados, sino que corresponde al saldo de 31 de diciembre del año anterior.

En todo caso es imprescindible agilizar el acceso a esta información ya que actualmente se produce la paradoja de que, si no se traba el embargo en el decreto adoptando medidas ejecutivas, éste va a ser notificado al ejecutado. Por ello va a tener conocimiento de la solicitud de embargo presentada por el solicitante a la vista de la información patrimonial.

25. Estos datos se han obtenido de un muestreo de procesos judiciales seleccionados de forma aleatoria en febrero de 2022, por ello son meramente aproximativos, pero no por ello dejan de ser significativos.

Otra de las disfunciones que se ha planteado es que la información de las entidades financieras no está actualizado a través del Punto Neutro Judicial. Ello provoca que se pida la retención de las cuentas sin tener un conocimiento real de las cantidades que están depositadas, por lo que habrá que estar al resultado del embargo. Una vez que se traba la orden de embargo pierde eficacia, con lo que se tiene que reactivar por el Letrado de la Administración de Justicia, con el retraso temporal que ello implica²⁶. Por ello sería conveniente que el embargo de las cuentas corrientes se mantuviera hasta que se retuviera la cantidad por la que se ha despachado ejecución²⁷. A ésta se le podría dotar de eficacia de dos formas: una primera sería anotando la orden en la entidad financiera para que retuviera las cantidades que se depositasen en las mismas; la segunda sería habilitar al procurador para que acceda de manera periódica a la aplicación y retenga las cantidades que estén depositadas en ese momento.

Por todo ello, propongo que se habilite al procurador de la parte ejecutante para que acceda de forma periódica al Punto Neutro Judicial hasta hallar bienes suficientes para satisfacer la cantidad por la que se ha despachado ejecución²⁸.

8. Propuesta de reforma

Hasta ahora he expuesto la situación actual del acceso a la información del patrimonio del demandado y del ejecutado. Lo más sorprendente es que a pesar de que los primeros convenios firmados por el Consejo General del Poder Judicial coinciden con la aprobación de la LEC actualmente vigente no se haya incorporado en esta el acceso al Punto Neutro Judicial. Éste se ha demostrado como un mecanismo esencial para localizar el domicilio o el patrimonio del ejecutado.

Para realizar la propuesta he valorado:

26. Ver la crítica que realizan ASO ROCA, Jaime Luis, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Sonia María, op cit., p. 103.

27. Es imprescindible tener en cuenta que el artículo 588.2 LEC lo permite. Es cierto que el artículo 588.1 LEC declara la nulidad del embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste, pero el apartado segundo establece una excepción en el caso de depósitos bancarios y saldos favorables que arrojen las cuentas abiertas en entidades de crédito en que sí que lo permite. En este sentido se pronuncia CACHÓN CADENAS, Manuel, al afirmar que «los artículos 588.2 y 621.2 no exigen que el embargo de cuentas bancarias y la consiguiente orden de retención se han de limitar, necesariamente, a los depósitos y saldos que puedan existir a favor del ejecutado en el momento que la orden de retención llegue a la entidad bancarias» (en *La ejecución procesal civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2018, p. 122).

28. En el mismo sentido ver ASO ROCA, Jaime Luis, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Sonia María, op. cit., p. 105.

- que la averiguación patrimonial de bienes no tiene carácter jurisdiccional, ya que el juicio de ponderación de la limitación del derecho a la intimidad (artículo 18 CE) para asegurar la ejecución de resoluciones judiciales, que se integra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) ha sido realizado por el legislador en la obligación general de colaborar en el desarrollo del proceso y en la ejecución de lo ya resuelto previsto en el artículo 118 CE y que se concreta en el proceso civil en el artículo 591 LEC.
- la competencia que tienen los procuradores para diligenciar los oficios que se hayan librado y recibir de las personas y entidades públicas los documentos y datos que tengan en su poder y cuya entrega haya sido acordada por el Letrado de la Administración de Justicia.
- La competencia de certificación que tienen los procuradores para la realización de actos de comunicación, además de disponer de las credenciales necesarias (art. 23.5 LEC).
- La redacción del artículo 590 LEC obliga al Letrado de la Administración de justicia a acordar la investigación judicial del patrimonio del ejecutado.

Las reformas que propongo son:

- Incorporar en el artículo 590 LEC un apartado para regular el acceso al Punto Neutro Judicial.
- Debe permitirse el acceso directo a los procuradores al Punto Neutro Judicial para acceder a la situación patrimonial del ejecutado, previa autorización por el Letrado de la Administración de Justicia en el Decreto adoptando las medidas específicas de ejecución previsto en el artículo 551.3 LEC.
- En el decreto adoptando medidas específicas de ejecución se ordenará la retención de las cantidades que sean halladas en las cuentas corrientes en cantidad suficiente para satisfacer la cantidad por la que se haya despachado ejecución, autorizando al procurador para que lo realice cuando las localice al acceder al punto neutro judicial.
- La orden de retención de cuentas bancarias o bien deben ser anotada por las entidades financieras hasta que se embargue la cantidad por la que se haya despachado ejecución o autorizar al procurador para que acceda a través de los medios telemáticos necesarios para dotar de eficacia a las mismas durante un plazo de un año, prorrogable por el mismo plazo hasta la total satisfacción de las cantidades por las que se haya despachado ejecución o la que resulte de posteriores ampliaciones.
- Una vez que se haya realizado el acceso el procurador debe notificarlo al órgano judicial en el plazo de dos días adjuntando el resultado de la investigación patrimonial, comunicando la retención de las cantidades halladas en las cuentas corrientes y cuya orden de retención se haya ejecutado y

pudiendo solicitar la traba de otros bienes embargables bastantes para satisfacer la cantidad por la que se haya despachado la ejecución.

- El Letrado de la Administración de Justicia ordenará los embargos solicitados por la parte ejecutante en cantidad bastante para satisfacer la cantidad por la que se haya despachado ejecución, encargándose el procurador de su diligenciamiento si así lo solicitase.
- En el caso en que no se hallen bienes suficientes para satisfacer la cantidad por la que se haya despachado ejecución el Letrado de la Administración el procurador, al notificar el resultado de la averiguación patrimonial, podrá pedir que se le habilite para que pueda acceder al Punto Neutro Judicial durante un plazo de un año teniendo la obligación de comunicar cada acceso y su resultado al Letrado de la Administración de Justicia y prorrogable durante otros plazos idénticos previa justificación del acceso y resultado de la averiguación patrimonial.

Esta reforma debe ir acompañada de la adaptación del Estatuto Orgánico de la Procura para regular como faltas graves y muy graves el acceso al Punto Neutro Judicial sin justificación alguna o de forma indebida, de forma similar al previsto para los miembros de la oficina judicial.

Además, en el ámbito del proceso monitorio debería reformarse el artículo 813 LEC para prever que en el caso en que el deudor no sea hallado en el MASC previo a la petición inicial del artículo 814 LEC, el procurador podrá realizar la averiguación del domicilio, de conformidad con lo previsto en el artículo 156 LEC. El que conste en la información obtenida servirá para realizar la notificación al deudor y para determinar la competencia territorial del Juzgado de Primera Instancia. Posteriormente deberá interponer la petición inicial de procedimiento monitorio, informando de la averiguación del domicilio realizada y de su resultado.

Vinculadas con las reformas anteriores habría que modificar la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita para incluir las notificaciones y el acceso al Punto Neutro Judicial en los efectos del reconocimiento del derecho, la remuneración por estas competencias de los procuradores y la posible repercusión en costas a la parte ejecutada.

9. Anexo. Texto de las modificaciones propuestas

A continuación, propongo las modificaciones de la LEC y de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita para trasladar a la legislación las conclusiones de este trabajo. En la exposición he seguido el orden seguido en la exposición y no el numeral de la LEC.

9.1. Artículo 162.2 LEC

Artículo 162. Actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares.

2. En cualquiera de los supuestos a los que se refiere este artículo, cuando constando la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos, **salvo los practicados a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores a los procuradores**, transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos.

Eliminar la excepción de los actos de comunicación practicados a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegio de Procuradores para asimilarlos a los realizados por la oficina judicial y así poder ser una alternativa a las mismas.

9.2. Artículo 156.1 LEC

Artículo 156. Averiguaciones del tribunal sobre el domicilio.

1. En los casos en que el demandante manifestare que le es imposible designar un domicilio o residencia del demandado, a efectos de su personación, se utilizarán por el Letrado de la Administración de Justicia **o por el Procurador de los Tribunales que realice el acto de comunicación** los medios oportunos para averiguar esas circunstancias, pudiendo dirigirse, en su caso, a los Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas a que se refiere el apartado 3 del artículo 155 **o a través del Punto Neutro Judicial**. Si el procurador realiza la averiguación del domicilio deberá comunicarlo al Letrado de la Administración de Justicia en el plazo de dos días.

La finalidad de esta reforma legal es permitir que el procurador pueda realizar los actos de averiguación del domicilio del demandado cuando haya asumido la realización de los actos de comunicación.

9.3. Artículo 813 LEC

Artículo 813. Competencia.

Será exclusivamente competente para el proceso monitorio el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del deudor o, si no fueren conocidos, el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago

por el Tribunal, salvo que se trate de la reclamación de deuda a que se refiere el número 2.º del apartado 2 del artículo 812, en cuyo caso será también competente el Juzgado del lugar en donde se halle la finca, a elección del solicitante.

A efectos de determinar el domicilio si el acreedor no hubiera localizado al deudor en la actividad negociadora previa a través del servicio de Actos de Notificación de los Colegios de Procuradores, el Procurador podrá realizar la averiguación del domicilio de conformidad con lo previsto en el artículo 156. Lo que resulte de la información obtenida será utilizado para determinar la competencia territorial del Juzgado de Primera Instancia si la petición se presenta en el plazo de cinco días desde la obtención de la información.

En todo caso, no serán de aplicación las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la sección 2.ª del capítulo II del Título II del Libro I.

Si, tras la realización de las correspondientes averiguaciones por el Letrado de la Administración de Justicia sobre el domicilio o residencia, éstas son infructuosas o el deudor es localizado en otro partido judicial, el juez dictará auto dando por terminado el proceso, haciendo constar tal circunstancia y reservando al acreedor el derecho a instar de nuevo el proceso ante el Juzgado competente.

La finalidad de esta propuesta de reforma es doble. Por un lado, evitar acudir a los Tribunales para realizar la averiguación del domicilio cuando en la negociación previa, que es preceptiva en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, no se localiza al deudor. Por otro lado, se intenta fijar el domicilio del demandado en el momento en el que se realiza la averiguación del domicilio para evitar que vaya cambiándolo, provocando un peregrinaje procesal del acreedor hasta que se le localiza.

La opción legislativa no parece adecuada porque es ineficaz. Entendemos que es adecuado y respeta las garantías de las partes y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que se determine el domicilio del demandado en el momento en que se realiza la averiguación de este. Tal como está regulado actualmente ésta se realiza antes del inicio del proceso judicial. En la propuesta se opta por hacerlo antes y a través del procurador, que actúa como colaborador de la Administración de Justicia, para evitar sobrecargar a la oficina judicial con trámites adicionales a los que ya tiene. Lo que se consigue fijando el domicilio antes del inicio del proceso es determinar la competencia territorial, que en este caso tiene carácter indisponible, y evitar que se archive el proceso.

9.4. Artículo 35.2 Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia

Artículo 35. Comunicación edictal electrónica.

La publicación de resoluciones y comunicaciones que por disposición legal deban fijarse en tablón de anuncios, así como la publicación de los actos de comunicación procesal que deban ser objeto de inserción en el «Boletín Oficial del Estado», en el de la Comunidad Autónoma o en el de la provincia respectiva, serán sustituidas en todos los órdenes jurisdiccionales por su publicación en el Tablón Edictal Judicial único previsto en el artículo 236 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

El Tablón Edictal Judicial Único será publicado electrónicamente por la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, en la forma en que se disponga reglamentariamente. A tal efecto, la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado pondrá a disposición de los juzgados y tribunales **y los Colegios de Procuradores** un sistema automatizado de remisión y gestión telemática que garantizará la celeridad en la publicación de los edictos, su correcta y fiel inserción, así como la identificación del órgano remitente.

Se propone esta reforma para permitir que los Colegios de Procuradores puedan remitir al Tablón Edictal Único las comunicaciones que por disposición legal deban fijarse en los tabloneros de anuncio en los casos en que hayan asumido la notificación y habiéndose intentado con todas las garantías legales, ésta haya sido negativa.

9.5. Art. 49.2 del anteproyecto de ley de medidas de eficiencia digital del servicio público de justicia

Artículo 49. Comunicaciones electrónicas en el ámbito de la Administración de Justicia.

2. Los tribunales, oficinas judiciales, oficinas fiscales **y procuradores** llevarán a cabo las comunicaciones por otros medios cuando las personas no obligadas a relacionarse con la Administración de Justicia por medios electrónicos no elijan hacer uso de estos medios.

De conformidad con lo previsto en las reformas propuestas anteriormente el artículo 49.2 del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital deberá reformarse para introducir la referencia a los procuradores como personas encargadas de la realización de las comunicaciones procesales cuando hayan asumido esta función de colaboración con la Administración de Justicia prevista en la LEC.

9.6. Artículo 590 LEC

Artículo 590. Investigación judicial del patrimonio del ejecutado.

A instancias del ejecutante que no pudiese designar bienes del ejecutado suficientes para el fin de la ejecución, el Letrado de la Administración de Justicia acordará,

por diligencia de ordenación, **consultar el Punto Neutro Judicial** y 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 o derechos del ejecutado de los que tengan constancia. Al formular estas indicaciones, el ejecutante deberá expresar sucintamente las razones por las que estime que la entidad, organismo, registro o persona de que se trate dispone de información sobre el patrimonio del ejecutado. Cuando lo solicite el ejecutante y a su costa, su procurador podrá intervenir en el diligenciamiento de los oficios que hubieran sido librados a tal efecto y recibir su cumplimentación, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 1 del artículo siguiente.

El Letrado de la Administración de Justicia no reclamará datos de organismos y registros cuando el ejecutante pudiera obtenerlos por sí mismo, o a través de su procurador, debidamente facultado al efecto por su poderdante.

El Letrado de la Administración de Justicia podrá autorizar al Procurador de la parte ejecutante para que acceda al Punto Neutro Judicial, durante el plazo de un año prorrogable, hasta localizar bienes suficientes para satisfacer la cantidad por la que se haya despachado ejecución. El Procurador informará al Letrado de la Administración de Justicia en el plazo de 2 días desde el acceso, aportando la información patrimonial obtenida.

Lo que se pretende con esta reforma es introducir el Punto Neutro Judicial, que es una de las herramientas más importantes que ha dotado de efectividad a la ejecución, en la regulación legal. Resulta sorprendente que habiéndose creado por el Consejo General del Poder Judicial en el año 2002 no tenga un reflejo en la ley.

También se ha constatado que el retraso en la respuesta judicial implica que entre que se solicita el acceso al Punto Neutro Judicial y se traba el embargo de los bienes localizados se tarda una media de 36,16 días y de 39,8 días, lo que es un total de 75,96 días hábiles. Trasladado a semanas reales son 15 semanas, es decir, prácticamente 2 meses y medio. Lamentablemente en este tiempo pueden pasar cosas que implique la ineficacia el embargo acordado. Como medida para evitar esta dilación temporal se propone que se habilite al procurador para acceder al Punto Neutro Judicial para realizar la averiguación patrimonial, debiendo informar de manera inmediata al Letrado de la Administración de Justicia.

La realización de la investigación judicial del patrimonio tiene carácter prácticamente automático por la mera solicitud de la parte ejecutante. Para preservar las garantías de las partes se opta porque sea el Letrado de la Administración de Justicia el que habilite el acceso al procurador cuando no se hallen bienes suficientes en una primera consulta, que en todo caso sería competencia de los Letrados de la Administración de Justicia.

9.7. Artículo 621 LEC

Artículo 621. Garantías del embargo de dinero, cuentas corrientes y sueldos.

2. Cuando se embargaren saldos favorables en cuentas de cualquier clase abiertas en entidades de crédito, ahorro o financiación, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución **la realizará a través del Punto Neutro Judicial en el momento de dictar el Decreto adoptando medidas ejecutivas previsto en el artículo 551.3 LEC** o enviará a la entidad orden de retención de las concretas cantidades que sean embargadas o con el límite máximo a que se refiere el apartado segundo del artículo 588. Esta orden podrá ser diligenciada por el procurador de la parte ejecutante. La entidad requerida deberá cumplimentarla en el mismo momento de su presentación, expidiendo recibo acreditativo de la recepción de la orden en el que hará constar las cantidades que el ejecutado, en ese instante, dispusiere en tal entidad. Dicho recibo se entregará en ese acto al procurador de la parte ejecutante que haya asumido su diligenciamiento; de no ser así, se remitirá directamente al órgano de la ejecución por el medio más rápido posible.

El Letrado de la Administración de Justicia autorizará al Procurador de los Tribunales para que dote de efectividad a los embargos de cuentas abiertas en entidades públicas a través del Punto Neutro Judicial o del envío de la orden de la retención a las entidades financieras que no se hayan adherido al mismo, que deberá informar en el plazo de dos días del acceso y de su resultado al Letrado de la Administración de Justicia.

En el caso de que las cantidades embargadas no alcance la cantidad por la que se haya decretado el embargo de cuentas corrientes las entidades financieras anotarán la orden de retención de las cantidades que se ingresen y se transferirán a la cuenta de consignaciones del Juzgado ejecutante, informando de ello al Letrado de la Administración de Justicia o al procurador que haya diligenciado la orden de embargo, debiendo este notificarlo al Juzgado en un plazo máximo de dos días.

Actualmente la información que facilitan las entidades financieras a través del Punto Neutro Judicial no está actualizada a la fecha del acceso a la misma. Por ello, cuando consta la existencia de una cuenta es aleatorio el éxito del embargo de esta ya que depende del saldo existente en la misma en el momento de dotarle de eficacia. El embargo sigue vigente, pero en la práctica tan sólo se mantiene la orden durante un plazo de 3 días. Una vez transcurrido los bancos ya no realizan la retención de la cuenta. Esta práctica obligaría a que se accediese al Punto Neutro Judicial o remitiera de nuevo la orden de retención para dotarle de eficacia. Con la reforma propuesta se agiliza la eficacia de la retención de las cuentas bancarias ya que el procurador accedería de forma periódica al Punto Neutro Judicial para dotar de eficacia a la orden de retención ya acordada.

Los derechos de la parte ejecutada quedan salvaguardados con la obligación que tiene el procurador de informar al Letrado de la Administración de Justicia cada vez que se acceda al Punto Neutro Judicial o se remita la orden de retención a las entidades financieras no adheridas al mismo. Se estima que no es conveniente realizarlo antes porque estamos en un proceso de ejecución y anticipar el acceso puede implicar que el ejecutado realice maniobras tendentes a impedir su efectividad.

Finalmente se introduce una modificación para aclarar que si no se logra retener la cantidad por la que se haya decretado el embargo, se anotarán por las entidades financieras de las cantidades que ingrese la parte ejecutada para su transferencia a la cuenta de consignaciones del Juzgado, debiendo informar a éste o al Procurador que haya tramitado la orden de embargo. En este último caso este tiene la obligación de informar al Juzgado en un plazo de dos días.

9.8. Artículo 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita

Artículo 6. Contenido material del derecho.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones:

11. La averiguación judicial del domicilio y del patrimonio que realice el procurador y, en su caso, la tramitación de las ordenes de embargo de las cuentas corrientes decretadas por el Letrado de la Administración de Justicia mediante el acceso al Punto Neutro Judicial o el envío de las ordenes de retención a las entidades financieras que no se hayan adherido al mismo.

12. La realización de los actos de comunicación que la ley disponga que se pueda realizar a través de los Servicios de Actos de Comunicación de los Colegios de Procuradores.

Se propone introducir dos nuevos apartados en este precepto para incluir en el contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita las competencias del procurador en la investigación del domicilio y del patrimonio del demandado y/o ejecutado, el envío de la orden de retención y la realización de los actos de comunicación a través de los Servicios de Actos de Comunicación de los Colegios de Procuradores.

9.9. Artículo 247.4 LEC

Artículo 247. Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento.

4 bis. Si el procurador hubiera realizado la averiguación judicial del domicilio antes del inicio del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 156 de esta ley, y no hubiera iniciado el proceso judicial en el plazo legalmente previsto sin causa justificada se considerará que ha actuado de mala fe, imponiéndose las sanciones pecuniarias previstas en este artículo y considerándose falta grave o muy grave a los efectos disciplinarios trasladando la circunstancia al Ilustre Colegio de Procuradores al que esté adscrito para que se imponga la sanción disciplinaria correspondiente. En el caso de falta de comunicación del acceso se impondrán las sanciones previstas en este artículo, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que diera lugar.

Se propone la reforma del artículo 247 LEC para incorporar un nuevo apartado en el que se regule la responsabilidad del procurador que haya realizado la investigación del domicilio o haya accedido al punto neutro judicial sin cumplir con la obligación legal de iniciar el proceso judicial o de informar al Letrado de la Administración de Justicia en el plazo legalmente previsto. La asunción de nuevas competencias como colaborador de la Administración de Justicia implica la imposición de un régimen sancionador similar al previsto para los miembros de la oficina judicial.

La reforma de este precepto debe ir acompañada de la del Estatuto General de los Procuradores para regular la responsabilidad disciplinaria del procurador que no cumpla con las obligaciones impuestas por la ley.

10. Aspectos de futuro

Desde una perspectiva de futuro debería analizarse la transformación de la procura en un agente de la ejecución, a semejanza de lo que se ha hecho en los Estados de la Unión Europea de nuestro entorno como Italia, Francia o Portugal, siguiendo el modelo alemán.

A estos efectos debería valorarse:

- La digitalización de la justicia obligará a la procura a reformular sus funciones ya que las notificaciones deben dejar de ser su función esencial.
- Necesidad de reforzar su función como colaborador de la Administración de Justicia.
- La desaparición de la procura es posible porque las funciones serían asumidas por la oficina judicial y por los abogados, pero sería necesario reforzar la Administración de Justicia.
- La actual situación de colapso de la Administración de Justicia puede favorecer la atribución de mayores funciones al procurador.

- Para ello es necesario realizar un análisis de las funciones del LAJ en la ejecución, para determinar cuáles podrían ser asumidos por la Procura.
 - No pueden asumir aquellos que impliquen la realización de una función de colaboración con la Administración de Justicia o las que afecten al desarrollo del procedimiento.
 - Sólo se podrían delegar las funciones no jurisdiccionales, que no impliquen una actuación administrativa en el ámbito del procedimiento judicial.

11. Conclusión

Tal como he expuesto hay que modificar la LEC y las leyes concordantes, como la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Al margen de ello hay que realizar una reflexión sobre el futuro de la procura que, en mi opinión, debería tender a convertirse en agente de la ejecución. A medio plazo podría compatibilizarse con la representación, pero sin que sea la misma persona física ni sociedad profesional el que hiciera ambas funciones.

12. Bibliografía citada

- ARIZA COLMENAREJO, María Jesús. «El procurador en el ámbito de los juicios rápidos civiles», en *Diario La Ley*, 12 de septiembre de 2005.
- ARIZA COLMENAREJO, María Jesús. «El acto de comunicación entre las funciones de los procuradores», en *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, diciembre 2012.
- ASO ROCA, Jaime Luis, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Sonia María, en *El procurador de los Tribunales como eficaz colaborador de la Administración de Justicia*, edit. Jurua, 2022.
- CACHÓN CADENAS, Manuel. *La ejecución procesal civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.
- CACHÓN CADENAS, Manuel, en «Aciertos, excesos y carencias en la tramitación de la ejecución», en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, edit. Atelier, Barcelona, 2020.
- COLUZZI, Francesca. *Le fonti di diritto italiano. Codice di Procedura Civile*, Giuffrè editore, Milán, 2010, vol. 1.
- FERNÁNDEZ GALARRETA, Francisco Javier. *La preceptividad de la representación procesal por medio del procurador a examen*, Universidad del País Vasco, 2021.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *De la Justicia a la Ciberjusticia*, edit. Atelier, Barcelona, 2021.

SÁNCHEZ LÓPEZ, Barbara, en *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa, 20 años de la LEC 2002*, coord. BANACLOCHE PALAO, Julio, edit. La Ley Wolters Kluwer, las Rozas, 2019.

SATTA, Salvatore, en *Manual de Derecho Procesal Civil, volumen I*, edit. EJE, Buenos Aires, 1971

XVI | El desistimiento del ejecutante frente al mejor derecho del tercerista

María Ángeles Pérez Marín¹
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. ASPECTOS GENERALES DEL DESISTIMIENTO. 3. EL DESISTIMIENTO DE LA EJECUCIÓN DERIVADO DE LA TERCERÍA DE MEJOR DERECHO. 3.1. APUNTES GENERALES. 3.2 EL DESISTIMIENTO DEL EJECUTANTE COMO CONSECUENCIA DE LA INTERPOSICIÓN DE UNA TERCERÍA DE MEJOR DERECHO. 3.2.1. El desistimiento del ejecutante frente a la tercería de mejor derecho basada en título ejecutivo. 3.2.2. El desistimiento del ejecutante derivado de la tercería de mejor derecho no basada en título ejecutivo. 4. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

Puede parecer que las instituciones clásicas del proceso civil constituyen temas pasados y superados. De hecho, hemos de reconocer que para muchos —por no decir para la mayoría— resultan materias poco atractivas que han sido «semi» abandonadas por la doctrina a favor del estudio de los nuevos problemas que emergen como consecuencia de una evolución legislativa adaptada a los cambios sociales y tecnológicos.

La realidad, sin embargo, es otra bien diferente, no solo porque los tribunales deben continuar dando soluciones a conflictos de naturaleza «tradicional» (divorcios, reclamaciones de cantidad, impugnación de herencias, etc.), sino porque cualquier litigio civil, por muy moderno y complejo que se presente su objeto, ha de sujetarse a los principios que lo definen y estos no han sido modificados.

1. En agradecimiento al Prof. D. Manuel Jesús Cachón Cadenas, cuyo trabajo y dedicación honra a todos los procesalistas no solo por su excepcional calidad como jurista, sino por su extraordinaria e inigualable calidad humana.

Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere (Ulpiano: Digesto 1, 1, 10, 1).

Asimismo, las mudanzas en las relaciones jurídicas y la necesidad, cada vez más imperiosa, de otorgar una respuesta rápida y eficaz al conflicto surgido no justifican un recorte de derechos y garantías, ni la tergiversación de la naturaleza y efectos de los principios que rigen el proceso, porque son precisamente estos los que otorgan la seguridad jurídica que debe reclamar el justiciable. Además, los contornos de los principios del proceso delimitan, a su vez, los contornos infranqueables de las garantías de las partes.

Un ejemplo de lo que estamos exponiendo es la complejidad que claramente se advierte en determinadas instituciones que, como el desistimiento, exterioriza efectos y consecuencias distintos según la fase en que la finalización del proceso tenga lugar, presenta diferente tramitación si la parte pasiva hubiera sido notificada o no o si se encontrarse el proceso en una fase en el que la citación aún no hubiera podido tener lugar ni el demandado hubiera tenido la oportunidad de personarse; diferentes perspectivas ofrece también el desistimiento, por poner otro ejemplo, dependiendo de la composición de las posiciones procesales, unipersonales o litisconsorciales, y si estas últimas son voluntarias o necesarias.

En este orden de cosas, y si nos centramos en la ejecución, cabría discutir si el desistimiento del ejecutante es factible y, en su caso, cuáles serían los efectos en los supuestos de acumulación de ejecuciones y de pluralidad de partes ejecutantes y/o ejecutadas o, como acontece con el tema que nos proponemos exponer, la alteración que se produce en la ejecución cuando, como consecuencia de la interposición de una tercería de mejor derecho, el ejecutante original abandona la ejecución, desistiendo de la misma.

2. Aspectos generales del desistimiento

El desistimiento es una de las denominadas formas anormales de terminación del proceso. El actor, al disponer del objeto del mismo, puede retirar la pretensión en el momento que considere oportuno, impidiendo de esta forma que el tribunal continúe conociendo hasta dictar sentencia sobre el fondo del litigio. En definitiva, lo que sucede es que esta decisión del actor vacía de contenido el proceso, que, al quedar sin objeto, imposibilita su continuación. Así, se ha afirmado que el proceso finaliza, o se trunca, justo en el momento en que el demandante afirma su intención de abandonar la pretensión.

En esta «anormalidad» a la que hacemos referencia se comprueban, básicamente, dos condiciones:

- a) Por un lado, la condición de terminación anormal se aprecia en contraposición a la forma «normal» de finalizar el proceso. Esta no es otra, según el legislador, que a través de sentencia que resuelva el fondo, dictada, también, en el momento «normal», es decir, una vez desenvuelta completamente la tramitación procedimental y concluidas todas y cada una de las fases que conforman el proceso.
Reparemos en que en la renuncia del actor o en el allanamiento del demandado, que se caracterizan por generar una sentencia de fondo, la anormalidad viene determinada, entre otros factores, por el hecho de que esta resolución se adelanta en el tiempo, ya que es dictada sin necesidad de esperar a que el proceso avance a través de las fases procedimentales que anteceden y conducen al dictado de la sentencia.
- b) Por otro lado, no solo es que el desistimiento ponga fin al proceso de forma adelantada y sin sentencia, sino que al acordarse mediante decreto del letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ), o a través de auto del tribunal, el fondo del asunto queda imprejuizado porque tales resoluciones se pronuncian exclusivamente sobre la decisión del actor de abandonar el proceso en la instancia en la que este se encuentre, de forma que aquel puede —si lo considerase oportuno y aún continuase teniendo plazo para ejercitar la acción— volver a interponer la demanda con la misma pretensión (imprejuizada) frente al mismo demandado. Dado que con el desistimiento no hay pronunciamiento sobre el fondo, tampoco se genera conflicto alguno con relación al efecto de cosa juzgada que, sin embargo, se derivaría de una resolución de fondo, entendiéndose, pues, que deja abierta la posibilidad de reiterar la pretensión en todos sus términos.

Debido a lo anterior, históricamente se ha venido afirmando que esta forma de disponer del objeto del proceso —el desistimiento—, que pone fin al litigio de forma temporal, es la menos grave o la más suave de las terminaciones anormales dadas las posibilidades de reiteración de la pretensión reconocidas al actor. El acto de disposición se reduce a retirar de la pretensión sin renunciar a la misma, acordando el tribunal, en consecuencia, el archivo «temporal» de las actuaciones.

Sin embargo, si observamos el desistimiento desde la perspectiva del demandado, no cabe olvidar que aquel puede verse nuevamente interpelado por el actor con una nueva demanda en un momento posterior. Podríamos decir, al respecto, que la incertidumbre que sobre el papel le genera el desistimiento no hace del desistimiento una fórmula de disposición suave. Puede que fuera esta imprevisión que acecha al demandado el detonante de que el legislador de 2000 instaurara una tramitación bilateral del desistimiento, con independencia de que este continúe constituyendo una declaración unilateral del actor.

Así, el art. 20.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) advierte que el actor podrá desistir unilateralmente siempre que el demandado no haya sido emplazado para contestar la demanda, o citado para juicio, y también cuando haya sido declarado en rebeldía. Interpretando el apartado 3 del mismo art. 20, en estas situaciones el LAJ resolverá mediante decreto, ya que solo se autoriza la resolución mediante auto en caso de oposición del demandado frente al desistimiento, esto es, cuando entre las partes se aprecia una confrontación respecto de la decisión del actor de abandonar el litigio. Efectivamente, si no hubiera sido emplazado para contestar, citado al acto del juicio, o bien se encontrase en rebeldía, el demandado no podrá oponerse y, por consiguiente, el «incidente» se resolverá mediante decreto. Pero, como vemos, el legislador ni siquiera exige que el demandado se encuentre personado para darle la posibilidad de alegar frente al desistimiento, naciendo el derecho de audiencia a partir del momento en que hubiere sido emplazado o citado para hacer frente a la carga que le correspondiese, ya fuera esta contestar la demanda o personarse en el acto del juicio².

De oponerse, será el juez quien, mediante auto, decida entre el desistimiento del actor, con el correspondiente archivo del proceso y la imposición de las costas a la parte que desiste, o la continuación del mismo por acoger las alegaciones del demandado contra la finalización del proceso. Igualmente, si, transcurridos los diez días otorgados para alegar, el demandado se mantuviera inactivo, resolverá el LAJ mediante decreto por no concurrir la condición del art. 20.3 LEC para justificar la resolución mediante auto, esto es, la oposición del demandado. La misma solución habrá de darse cuando el demandado aceptara expresamente el desistimiento del actor; puesto que tampoco se apreciaría, obviamente, oposición.

2. Véase que el apartado 2 del art. 20 LEC no ha sido modificado y que conserva la redacción que, originalmente, le dio el legislador del 2000. La referencia a la contestación a la demanda lo era a la contestación a la demanda del juicio ordinario, mientras que la indicación a la citación para el juicio parecía entenderse al juicio verbal, que en el año 2000 carecía de contestación a la demanda, siendo citadas las partes directamente a juicio y coincidiendo el acto del juicio —en general— con la personación del demandado.

Hemos de tener en cuenta, no obstante, que, actualmente, la fase de alegaciones del juicio verbal es similar —con el matiz de los plazos— a la del juicio ordinario y que, por ejemplo, también cabe el desistimiento —con la anuencia del Ministerio Fiscal— en los procesos no dispositivos, tal y como refiere el art. 751.2 LEC, en los que siempre ha existido contestación escrita a la demanda y que, por consiguiente, caben en el primero de los supuestos previstos en el art. 20.2 LEC.

Sin embargo, en el monitorio, por poner otro ejemplo, no encontramos, como tal, una contestación frente a la demanda, puesto que, a tenor del art. 815 LEC, se concede al demandado un plazo de veinte días para pagar u oponerse; por su parte, según la regulación del juicio cambiario, al demandado se le concede un plazo de diez días para pagar —art. 821.2. 1ª—, pudiendo en el mismo plazo oponerse frente al requerimiento de pago —art. 824 LEC—.

Ha de entenderse en estos dos supuestos, que el desistimiento se tramitará de forma unilateral cuando no se hubiera dado traslado de la demanda al demandado, con independencia de que la finalidad de dicho traslado no sea ninguno de los previstos en el art. 20.2 LEC, esto es, la contestación del demandado o la citación para el juicio.

Nada recoge el art. 20 LEC respecto de si existe un límite para instar el desistimiento, ni cuantas veces se puede desistir de la misma pretensión. En cuanto a la primera cuestión, se deduce de la redacción de aquella norma que el actor puede desistir desde que interpone la demanda y hasta el momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, puesto que no se fija límite temporal alguno. Cuestión esencial resulta ser que el fondo del asunto quede imprejuizado, por lo que parece ser única condición temporal que no haya recaído sentencia.

En cuanto a la segunda cuestión, tampoco observa nada el legislador, de manera que la respuesta relativa a si una misma pretensión interpuesta de forma sucesiva, debido al desistimiento anterior, puede ser nuevamente desistida, debe venir de la mano de la buena fe procesal, de la comprobación de que dicha actitud se encuentra justificada y que no apreciándose un uso abusivo de los derechos reconocidos al demandante en el proceso. Habrá de verificarse, por lo tanto, que no guía al actor ningún ánimo espurio en su decisión de abandonar reiteradamente el proceso a través de consecutivas retiradas de la pretensión, porque ello mantiene al demandado en una situación de alerta constante ante la posibilidad de afrontar otra vez la misma demanda y de soportar un nuevo desistimiento, con lo que ello implica.

Regula también la LEC el desistimiento en la fase de recursos, si bien, en este caso, los efectos que se deducen de la decisión adoptada por el recurrente difieren de los derivados del desistimiento de la primera instancia, precisamente porque lo que caracteriza a este acto dispositivo del actor es que deja imprejuizado el fondo y ello no acontece ni con el desistimiento de la apelación ni con el desistimiento del recurso de casación. Ciertamente, si el recurso fuera interpuesto para impugnar la sentencia recaída en la instancia, se estaría recurriendo el fallo sobre el fondo porque este ya ha sido juzgado. No es posible, pues, que el desistimiento que regula el art. 450 LEC deje imprejuizado el fondo, motivo por el cual provoca la finalización del recurso en la fase en la que se encuentre³, si bien conduciría a la firmeza inmediata de la resolución impugnada y a la devolución de los autos al tribunal de origen a efectos de la ejecución. Aunque no se trata de una renuncia, la firmeza de la sentencia impide, lógicamente, que el recurso en el que se produjo el desistimiento pueda ser nuevamente instado.

Desde el enfoque de los efectos atribuidos al desistimiento en cada una de las instancias, no es lo mismo dejar imprejuizado el fondo, debido al desistimen-

3. Recuértese que Con la redacción dada al art. 450 LEC por el Real Decreto-ley 6/2023 se introduce una limitación temporal al desistimiento del recurso de casación, de manera que imposibilita dicho acto dispositivo una vez señalado el día para la deliberación, votación y fallo.

to de la primera instancia, que tornar firme la resolución recurrida debido al desistimiento del recurso. En la primera hipótesis, la resolución que pone fin al proceso no despliega efectos de cosa juzgada al devenir firme y, por consiguiente, continúa abierta la posibilidad de reiterar la pretensión; en la segunda, la resolución recaída en primera instancia despliega plenos efectos de cosa juzgada y, consecuentemente, bloquea la posibilidad de reiterar el recurso. En este contexto, se ha llegado a afirmar que el desistimiento del recurso se equipara —en cuanto a efectos— a una especie de renuncia sin ser propiamente tal acto de disposición.

Por último, no existe un precepto que regule el desistimiento de la ejecución, que concrete el procedimiento que ha de seguirse en tal caso o defina los efectos que de este se deducen⁴, y aunque, siendo precisos, el art. 570 LEC advierte que la ejecución únicamente finalizará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante, pareciendo excluir la posibilidad de su abandono a través de un acto de disposición, podemos comprobar que a lo largo de la LEC existen diferentes referencias a esta forma de poner fin a la ejecución.

3. El desistimiento de la ejecución derivado de la tercería de mejor derecho

3.1. Apuntes generales

El art. 19 LEC, dedicado a los actos de disposición de las partes, recoge en el apartado 1 que estas pueden «renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero». Por su parte, el apartado 3 reconoce que los actos regulados en los apartados anteriores, incluyendo, por lo tanto, los previstos en el apartado 1, podrán realizarse en cualquier momento de la primera instancia, de los recursos o de la ejecución.

A mayor abundamiento, el art. 532, relativo a la confirmación de la resolución provisionalmente ejecutada, estipula en su primer párrafo que, de dictarse sentencia en el recurso que confirme los pronunciamientos provisionalmente ejecutados «la ejecución continuará si aún no hubiera terminado, salvo desistimiento expreso del ejecutante». Igualmente, prosigue advirtiendo en el párrafo segundo que, de no ser recurrible la sentencia confirmatoria dictada en el re-

4. Vid., por todos, LAFUENTE TORRALBA, A.J., *La tercería de mejor derecho en el proceso civil*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 376-377.

curso o, de serlo, esta no hubiere sido recurrida, la ejecución iniciada como provisional continuará como definitiva «salvo desistimiento» del ejecutante. Por su parte, el art. 619 LEC regula el desistimiento del ejecutante frente al tercerista de mejor derecho, si bien ello no implicaría necesariamente, como vamos a ver, ni la finalización de la ejecución ni, como cabe entender, la prohibición de que el ejecutante desistido pueda retomar la ejecución en un momento posterior.

La primera reflexión que podríamos hacer sobre las cuestiones planteadas nos conduce, de nuevo, hasta el art. 20 LEC, que constituye la regulación general del desistimiento como acto de disposición y que no menciona la opción de que este pueda tener lugar en la fase de ejecución. Dejando a un lado que, como ya hemos advertido, es en el art. 19 LEC donde se prevé que los actos de disposición sobre el objeto —cuando la naturaleza del mismo así lo autorice— pueden tener lugar tanto en la primera instancia, como en los recursos o en la ejecución, el art. 20 está destinado, más exactamente, a determinar la tramitación procedimental del desistimiento, distinguiendo únicamente entre aquel que tiene lugar antes o después del emplazamiento para contestar la demanda o de la citación del demandado a juicio; esto es, aborda el tratamiento del desistimiento en primera instancia.

Por otro lado, y estando autorizado el desistimiento de la ejecución, hemos de ser conscientes de que el legislador ha introducido diferentes ejecuciones no en cuanto a la tramitación, ya que la LEC únicamente prevé un procedimiento por cuyos trámites deberá desenvolverse la ejecución —asumiendo, claro está, los matices de si nos encontramos ante la ejecución provisional o definitiva o de si se trata de una ejecución dineraria o de una ejecución no dineraria—, sino respecto de las vías para llegar a la ejecución, que pueden ser diversas atendiendo a la diferente naturaleza de los títulos ejecutivos que reconoce la LEC.

Podemos comprobar precisamente en el art. 517 LEC que este recoge títulos ejecutivos —los judiciales—, originados una vez finalizado el correspondiente proceso declarativo ordinario o el proceso especial adecuado a la pretensión planteada, mientras que otros títulos de naturaleza ejecutiva —los no judiciales— no provienen de un proceso previo, interviniendo en su elaboración un fedatario público ajeno a los órganos jurisdiccionales. Ello implica que el título ha sido elaborado fuera del ámbito procesal y que no precisa de que un tribunal reconozca o declare el derecho documentado en el mismo, aunque pueda estar destinado a producir efectos procesales de ser necesario forzar el cumplimiento de las obligaciones que documentan.

A tenor de dicha diferenciación, con relación a los títulos extrajudiciales no se apreciará, jamás, efecto de cosa juzgada en caso de desistimiento de la ejecu-

ción, porque, como hemos explicado, no provienen de una resolución jurisdiccional declarativa previa que alcance firmeza como consecuencia del desistimiento del ejecutante. Por tanto, el desistimiento de una ejecución basado en título extrajudicial —por ejemplo, la ejecución hipotecaria—, no impediría que fuera interpuesta nuevamente la demanda ejecutiva en un momento posterior, ya que, como recuerda el art. 570 LEC, la ejecución únicamente finaliza con la plena satisfacción del ejecutante. Téngase en cuenta, además, que para ello sería necesario que la acción no hubiese caducado o prescrito.

Con respecto al supuesto de la ejecución basada en título extrajudicial, lo que habrá de dilucidarse, pues, es si tendrá que darse traslado al ejecutado del escrito de desistimiento del ejecutante, para lo cual, y a falta de concreción en la LEC, tendremos que adaptar la previsión del art. 20. En este sentido, entendemos que, si aún no se hubiere dado traslado al ejecutado de la demanda de ejecución a efectos de que cumpla la obligación que se le reclama, o, en su defecto, se oponga a la misma, la tramitación del desistimiento se desarrollará únicamente con el ejecutante, dando lugar a lo que ha venido denominándose desistimiento unilateral. En tal caso, la ejecución finalizará con decreto del LAJ, dejando abierta la posibilidad de que la demanda ejecutiva pueda ser nuevamente interpuesta.

Por el contrario, y si el demandado ya hubiere sido emplazado a través del traslado de la demanda ejecutiva, también deberá dársele traslado del escrito del desistimiento a efectos de que pueda hacer alegaciones. Si no hiciera uso de la posibilidad que se le ofrece, dejando transcurrir el plazo —diez días— sin actuar, o aceptara el desistimiento del ejecutante, el LAJ dictaría decreto poniendo fin a la ejecución, aplicando las costas tal y como refiere el art. 396.2 LEC. En este sentido, no se condenará en costas a ninguna de las partes y cada una hará frente a las generadas por la actividad procesal desplegada hasta ese momento, asumiendo las comunes por mitad.

Si el ejecutante se opusiera a la ejecución por entender, por ejemplo, que la oposición que tiene derecho a plantear, o que hubiere planteado, tiene visos de prosperar y que ello le permitirá poner definitivamente fin a la ejecución, será el tribunal quien deba dictar auto resolviendo sobre el desistimiento y aplicar el criterio que recoge el art. 396 LEC para este supuesto, de manera que condenará en costas al ejecutante si el auto en cuestión ordenara la finalización de la ejecución a pesar de la oposición del ejecutado. Por una parte, si el auto acordase la continuación de la ejecución por acoger las alegaciones del ejecutado, para imponer las costas provocadas por el «incidente» al que ha dado lugar el desistimiento habrán de seguirse las pautas establecidas en los arts. 394 y 398 LEC, que cargan las costas a la parte que vio completamente rechazadas sus pretensiones.

Cuestión distinta resultaría el desistimiento de la ejecución basada en título judicial, puesto que este no generaría el efecto típico del desistimiento. En realidad el abandono de la ejecución por el desistimiento del ejecutante no deja imprejuizado el fondo del asunto porque existe una resolución previa resolutoria del litigio, que es, precisamente, la que ha dado lugar a la ejecución. Desde nuestro punto de vista el desistimiento únicamente implicaría una «renuncia» a continuar en ese momento la ejecución, desistiendo temporalmente de cobrar la cuantía adeudada o de lograr el cumplimiento del ejecutado, pero nada impediría retomar la ejecución en un momento posterior a través de la interposición de la correspondiente demanda. Tengamos presente, además, que, según el art. 518 LEC, la ejecución no caduca, pero que para instar la ejecución de una resolución judicial el plazo es de cinco años desde la notificación de la misma. Existiendo plazo, la ejecución puede ser nuevamente intentada.

Evidentemente los efectos del desistimiento respecto de los embargos y medidas de aseguramiento o garantía de cobro también difieren. Efectivamente, en las ejecuciones basadas en títulos extrajudiciales, como las escrituras públicas, la garantía de cobro no necesariamente desaparece. Así ocurre, por ejemplo, con la ejecución hipotecaria, que puede ser desistida si bien la hipoteca no resulta cancelada como consecuencia de dicha decisión. Sin embargo, más dudas se plantan en cuanto la ejecución basada en título judicial, porque el desistimiento debería provocar el alzamiento de los embargos que hubieran sido acordados para garantizar el cumplimiento de la resolución cuya ejecución ha resultado fallida al no existir seguridad de que el actor vaya a interponer nuevamente la demanda, no resultando acorde a derecho conservar unas medidas cautelares que, por su propia naturaleza, han de desaparecer con la terminación del proceso. Especialmente, conservar los embargos en el caso que exponemos generaría una carga injusta en el ejecutado, que soportaría las consecuencias de un embargo cuando verdaderamente ni existe ejecución ni existe proceso.

3.2. El desistimiento del ejecutante como consecuencia de la interposición de una tercería de mejor derecho

La interposición de una tercería de mejor derecho supone la introducción en la ejecución de una pretensión del tercerista —hasta ese momento un tercero ajeno a la tramitación—, que tiene como objeto principal lograr una resolución del tribunal que esté conociendo de la ejecución, en la que se declare un derecho preferente de cobro frente al ejecutante y sobre el patrimonio del deudor ejecutado-art. 614.1 LEC—. Así, sin haber sido completamente reintegrado el ejecutante del principal y los intereses de su crédito, el ejecutante en el princi-

pal y en los intereses de su crédito, las cantidades logradas a partir de la realización de los bienes a través del procedimiento de apremio serán aplicadas a otro objeto declarado preferente⁵.

Dejando a un lado las especialidades de la tercería con relación al momento temporal en que el tercerista puede intervenir en la ejecución, o con respecto a la necesidad de demandar o no al ejecutado dependiendo de si el derecho consta o no en título ejecutivo o de la preferencia —especial o no— del crédito, el propósito que, en general, se deduce de la interposición de la tercería es la afirmación del derecho a cobrar con preferencia, esto es, a que el tercerista satisfaga su derecho de crédito sobre el patrimonio del ejecutado antes que el propio ejecutante. La tercería, por consiguiente, no necesariamente pone fin a la ejecución, ya se encuentre recogido este derecho en un título ejecutivo o tenga que esperarse a que la tercería sea definitivamente resuelta para reconocer, en la correspondiente resolución judicial, la preferencia. Muy al contrario, normalmente el desistimiento del ejecutante provocado por la interposición de una tercería obliga a proseguir con la ejecución a fin de que el tercerista pueda ver satisfecho su derecho de crédito.

En la práctica, además, la tercería de mejor derecho distorsiona la ejecución por varios motivos:

1. El primero, porque introduce un nuevo orden de prelación en cuanto al derecho de cobro, relegando al ejecutante cuando la ejecución solo se esté tramitando entre un único ejecutado y un único ejecutante, o bien alterando el orden de prelación crediticia ya existente, cuando se trate de una ejecución en la que se aprecie, por ejemplo, reembargos⁶.
2. Por otro lado, la ejecución continúa interesando al tercerista, que lógicamente, pretende que aquella siga tramitándose con el ejecutante, porque sería este el que sostendría procesalmente la ejecución e iría adelantando los gastos generados en la misma, con independencia de que las costas sean finalmente satisfechas por el ejecutado.

5. Vid. VALLESPÍN PÉREZ, D., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2022, p. 318.

6. Véase, así, AAP Salamanca, de 14 de abril de 2023, — ECLI:ES:APSA:2023:161A, que indica en su FJ 2 que «[a] lo que autoriza la tercería de mejor derecho de los arts. 614 a 620 de la LEC es a que el titular de un crédito que ha de ser pagado con preferencia al que se va a satisfacer a través de un embargo que se está tramitando, pueda hacer valer esos derechos alterando el orden de dicho embargo, para colocar su crédito en el lugar que legítimamente le corresponde y, por ello, la afección de los bienes a la ejecución, que constituye básicamente el embargo, confiere al ejecutante el derecho de percibir el producto de la enajenación forzosa, en principio, con independencia respecto a cualquier otro acreedor del ejecutado».

Indudablemente, el sostenimiento de la ejecución no solo supone un esfuerzo en cuanto al diseño de la estrategia procesal y al constante impulso de parte que esta requiera, sino que de ser necesario hacer frente a determinados gastos durante la tramitación, en principio estos serán asumidos por el ejecutante, aunque, como decíamos, tales gastos puedan serle devueltos a través del pago de las costas por el ejecutado. De alguna manera, pues, el tercerista iría a remolque del ejecutante, ya que se beneficiará de todas las actuaciones procesales de este dirigidas a averiguar, embargar y realizar los bienes trabados, con la ventaja de que se cobraría antes que el ejecutante⁷. Visto desde esta posición activa, no es discutible que resulta a todas luces injusto obligar al ejecutante a continuar en la ejecución en esta tesitura, especialmente cuando de las condiciones de la propia ejecución se constatará que el esfuerzo realizado solo beneficiará al tercerista al no poderse obtener garantías de pago suficiente para satisfacer el derecho de crédito de ambos —ejecutante y tercerista—, ni siquiera a través de ampliaciones de los embargos existentes ni de reembargos o embargos de sobrante.

Para resolver esta situación, el legislador introdujo en la LEC del 2000 la posibilidad de que el ejecutante desista de la ejecución como consecuencia de la interposición de la tercería de mejor derecho, a fin de salir de la ejecución al comprobar la preferencia de cobro del tercerista y la imposibilidad de que ambos puedan ver satisfechas sus pretensiones de cobro. Luego no interesa al ejecutante seguir impulsando la ejecución cuando no tenga dudas respecto del derecho de cobro preferente del tercerista y de la imposibilidad de recuperar la cuantía por la que inició la ejecución. En este sentido, el art. 619.2 LEC establece que, notificada la demanda de tercería, el ejecutante podrá desistir de la ejecución, distinguiendo, sin embargo, entre dos situaciones: que el derecho de crédito del tercerista conste en un título ejecutivo o que se encuentre documentado en un título que carezca de tal condición ejecutiva.

3.2.1. El desistimiento del ejecutante frente a la tercería de mejor derecho basada en título ejecutivo

Comienza el apartado 2 del art. 619 LEC indicando que, «[s]i notificada la demanda de tercería, el ejecutante desistiese de la ejecución, siempre que el crédito del tercerista constase en título ejecutivo, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto ordenando seguir adelante la ejecución para satisfacer en primer término al tercerista».

7. Vid. CACHÓN CADENAS, M., «Artículo 619», en Lorca Navarrete, A.M. Dir., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 3145 a 3154, esp. p. 3146.

Esta redacción es fruto de la reforma que sufrió la LEC en el año 2009, ya que la redacción original del precepto remitía a su apartado 1. Indicaba, así, que, cuando el crédito del tercerista constase en título ejecutivo, «[s]i notificada la demanda de tercería, el ejecutante desistiese de la ejecución, se procederá conforme a lo establecido en el apartado anterior», esto es, conforme regula el apartado 1 del mismo, relativo al allanamiento del ejecutante a la tercería, y, todo ello, «sin necesidad de recabar la conformidad del ejecutado».

Observamos, pues, que la nueva redacción elimina cualquier referencia al apartado 1, pero, a cambio, repite la misma fórmula⁸ que aquel recoge, de forma que, según ambos casos —apartados 1 y 2—, constando el derecho de preferencia en título ejecutivo el tribunal dictará auto —en el allanamiento— «ordenando seguir adelante la ejecución para satisfacer en primer término al tercerista» y el LAJ dictará decreto —en el desistimiento— «ordenando seguir adelante la ejecución para satisfacer en primer término al tercerista».

Tratándose, consiguientemente, del mismo escenario, es decir, de un derecho de crédito reconocido en título ejecutivo, y debiendo, tanto en el allanamiento como en el desistimiento, ordenarse la continuación de la ejecución para pagar al tercerista, al apartado 2, esto es, al desistimiento, resultarán de aplicación las condiciones fijadas en el apartado 1, dedicado al allanamiento del ejecutante a la tercería, aunque, como advertíamos, haya desaparecido la remisión a aquel en la nueva redacción de la norma.

Se aplica, de esta suerte, la misma secuencia prevista para el allanamiento, de forma que, desistido el ejecutante, la ejecución proseguirá para satisfacer al tercerista, si bien, «el Letrado de la Administración de Justicia no le hará entrega de cantidad alguna sin haber antes satisfecho al ejecutante las tres quintas partes de las costas y gastos originados por las actuaciones llevadas a cabo a su instancia hasta la notificación de la demanda de tercería». Esta afirmación no implica que el ejecutante no pueda ser satisfecho en la totalidad de los gastos, sino que para que el tercerista pueda comenzar a cobrar, aquel debe haber percibido, al menos, dicha cantidad.

En cualquier caso, es como si el legislador asumiese que el ejecutante no va a tener muchas posibilidades de cobrar su deuda, ni de recuperar la totalidad de los gastos realizados y las costas originadas hasta ese momento, es decir, hasta la notificación de la interposición de la tercería, actuando tales circunstancias como el motivo por el cual se le reconoce, al menos, el derecho preferente a

8. Véase CACHÓN CADENAS, M., «Artículo 619», op. cit., pp. 3150 y 3151.

recuperar las tres quintas partes de las costas generadas hasta su salida de la ejecución⁹.

A pesar de lo expuesto, el ejecutado no queda eximido de hacer frente a la obligación que le impone el art. 539. 2 *in fine* LEC, según el cual, le corresponde satisfacer las costas de la ejecución, casi en su totalidad, sin precisarse de la imposición expresa de las mismas. De esta manera, las costas que en realidad se adeudan al ejecutante no son solo los tres quintos de las satisfechas hasta la notificación de la demanda, que refiere el art. 619.1º LEC, sino la totalidad de aquellas. Dice, así, este precepto que el LAJ no hará entrega al tercerista de cantidad alguna sin haber satisfecho antes al ejecutante en esa proporción, pero no que únicamente se le deba pagar, o que este solo tenga derecho a percibir, la cantidad que resulte de aquellos tres quintos, especialmente porque, con ocasión de la demanda de tercería, se abre ante el ejecutante la posibilidad de desistir del proceso, pero no una obligación de abandonarlo. Efectivamente, puede continuar en el mismo, a pesar de la preferencia del tercerista, cuando exista la seguridad de que ambos podrán ver satisfechos sus derechos de crédito, siendo indiferente, en cierto modo, que uno cobre antes y otro después. No obstante, en este escenario no resultaría de aplicación aquella regla de los tres quintos. El ejecutante, indefectiblemente, cobrará toda o parte de su deuda después del tercerista.

Pero como el cobro no siempre es factible y el legislador es consciente de ello, le asegura el pago de las tres quintas partes a cargo de las cantidades obtenidas en la ejecución si desiste, aunque no prevé esta posibilidad de permanecer en el proceso. Como consecuencia del desistimiento, por lo tanto, y a pesar de que el tercerista tenga reconocido un derecho preferente de cobro frente al ejecutante, realmente este continúa manteniendo una preferencia de cobro sobre aquellos tres quintos. Solo satisfecho este derecho, se activaría el derecho del tercerista a cobrar la totalidad de su deuda y a ver satisfecho su crédito, los gastos y las costas generados como consecuencia de la tramitación de la ejecución en la que ha pasado a ser ejecutante debido al desistimiento y la salida del ejecutante original¹⁰.

9. Vid. LAFUENTE TORRALBA, A.J., *La tercería de mejor derecho en el proceso civil*, op. cit., p. 379.

10. Con relación a esta previsión CHACO GÓMEZ indica que «aun cuando pueda entenderse que [esta previsión] parte de una razonable ponderación de costes, y no plantea mayor problema cuando lo recaudado es suficiente para satisfacer esta parte de las costas y el crédito del tercerista, resulta más discutida cuando lo objeto 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» (CHACO GÓMEZ, M.L., «Tercerías», en Arnaldo Cubillas, E., Coord., *Enciclopedia jurídica*, Vol. 22, La Ley, Las Rozas, 2008, p.12586).

Cabría alegarse, por otro lado, que, al desistir de la ejecución, el ejecutante también desiste del cobro, pero no podemos olvidar que desistir no equivale a renunciar y que salir de la ejecución no implica obligatoriamente dejar de conservar ciertas garantías de cobro, especialmente cuando se trata de ejecuciones basadas en títulos ejecutivos extrajudiciales, con independencia de que como trasunto de la demanda de tercería hubiere sido necesario modificar el orden de prelación de los embargos¹¹. De este modo, abandonar la ejecución, aunque sea mediante desistimiento, implica terminar el proceso al menos para la parte ejecutante, que vería alzados los embargos recaídos sobre los bienes trabados, debiendo comenzar desde el principio la nueva ejecución si vuelve a interponer demanda ejecutiva.

Dicho alzamiento tampoco implica para el tercerista que este quede sin garantías de cobro, pues, precisamente, su derecho de crédito preferente habrá generado una anotación de embargo —si cabe, también preferente— sobre los mismos bienes ya embargados por el ejecutante¹². Así ocurrirá, normalmente, cuando se trate de una tercería basada en título ejecutivo, siendo la situación diferente cuando el derecho no consta en esta clase de títulos. En esta ocasión, debería tramitarse la tercería hasta su resolución, porque la sentencia que pone fin a la misma constituye el título ejecutivo que permite al tercerista ocupar la posición de ejecutante con derecho preferente, desista o no el ejecutante original, al declarar la condición crediticia privilegiada¹³.

11. Véase, FUENTES SORIANO, O., «Del embargo de bienes. De la prioridad del embargante y de la tercería de mejor derecho (artículos 613 a 620)», en Gimeno Sendra, J.V., Dir., *Proceso civil práctico: comentarios a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 191-226.

12. Al respecto, LAFUENTE TORRALBA advierte que cuando el ejecutante desiste de la ejecución y el crédito del tercerista consta en un título ejecutivo «se excluye el efecto que, de ordinario, habría de producir el desistimiento del ejecutante, y que se concretaría en el sobrecimiento de la ejecución pendiente: por el contrario, ate la presencia de un tercerista provisto de título ejecutivo, la ejecución seguiría con él, manteniéndose los embargos y medidas de garantía y continuando, en su caso, los trámites del apremio» (LAFUENTE TORRALBA, A.J., *La tercería de mejor derecho en el proceso civil*, op. cit., esp. p. 378).

13. Así, la SAP Barcelona, de 7 de diciembre de 2028, ECLI:ES:APB:2018:11829, reconoce en su FJ 3, que «[d] el examen de los artículos 1923 y 1927 del Código Civil, puede deducirse que la garantía de la anotación preventiva de embargo solo cobra preferencia sobre los actos dispositivos y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y así tiene declarado reiteradamente la Sala 1ª del Tribunal Supremo que «la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene la preferencia respecto a otros anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería, en su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de estas obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía este carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes anotados, solamente respecto de los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación» (aparte de otras, SSTs de 14 de junio de 1988, 7 de abril de 1.989, 12 de febrero de 1992, 4 de mayo de 1994, 6 de junio de 1996 y 5 de noviembre de 1997), y esta posición es uniforme en la doctrina jurisprudencial, que, sin embargo, ha mantenido diferentes criterios de preferencia respecto al supuesto de que el crédito anotado fuera posterior al hipotecario, pero la hipoteca haya sido inscrita después de anotación».

Por último, no queremos dejar de hacer referencia a que el legislador anuda al desistimiento instado como consecuencia de la tercería de mejor derecho basada en título ejecutivo una especie de reconocimiento automático de la preferencia de cobro del tercerista, sin necesidad de tramitar la tercería, asumiendo este la posición del ejecutante. Por ende, como consecuencia de la salida del ejecutante original, la ejecución continúa subrogándose el tercerista en dicha posición a través de una sucesión procesal¹⁴ y provocando una especie de «novación» o de «reestructuración» de la ejecución. En este sentido, aquella seguirá por sus trámites para satisfacer la cantidad que el tercerista reclame frente al ejecutado y no la cantidad reclamada originalmente por el ejecutante desistido.

No cabe tampoco desconocer que el ejecutado desaparece de la ecuación que surge a partir de aquella tercería, porque se interpreta del texto del precepto que la continuación de la ejecución se ordenará sin la presencia del ejecutante desistido y sin dar traslado al ejecutado del desistimiento instado, tal y como acontece, igualmente, con el allanamiento.

3.2.2. *El desistimiento del ejecutante derivado de la tercería de mejor derecho no basada en título ejecutivo*

La segunda parte del art. 619.2 LEC regula el desistimiento del proceso de ejecución, e introduce la tramitación que ha de seguirse, cuando la tercería de mejor derecho planteada no esté basada en título ejecutivo. Exactamente dispone el legislador que, en dicho supuesto, el LAJ dictará decreto de desistimiento de la ejecución, dándola por finalizada, a no ser que el ejecutado se muestre de acuerdo en proseguir la ejecución para satisfacer el derecho de crédito del tercerista.

Vemos, así, que se distinguen dos situaciones: por un lado, que el ejecutado se muestre de acuerdo con la ejecución, circunstancia que, conforme a la redacción del artículo, parece ser una excepción al criterio general —y natural— de oponerse a la continuación de la misma. De hecho, hemos visto que la primera opción del legislador ha sido la de declarar que el efecto inmediato del desistimiento es el de poner fin a la ejecución, sin indicar nada más, esto es, sin advertir si se da o no traslado al ejecutado de la decisión desistir del ejecutante para que aquel pueda hacer las alegaciones que estime oportunas. Acto segui-

14. Véase, así, como FERNÁNDEZ CARRON destaca la condición especial de esta sucesión ya que el ejecutante inicial, que no se mantiene como parte en el proceso, continúa teniendo un derecho de crédito frente al ejecutado para satisfacer las tres quintas partes de las consta y los gastos en que hubiere incurrido, mientras que el tercerista pasa a ocupar la posición del ejecutante original en una sucesión ya en marcha, pero ejercitando su propia acción ejecutiva (FERNÁNDEZ CARRON, C., *La tercería de mejor derecho*, La Ley, Las Rozas, 2010, p. 226).

do, señala que el archivo de la ejecución tendrá lugar «salvo que el ejecutado se muestre de acuerdo en que prosiga para satisfacer el crédito del tercerista», luego, si para continuar la ejecución se precisa de la avenencia del ejecutado, la falta de consentimiento para proseguir justificará el archivo.

Se deriva de lo anterior que, aunque no esté recogido en la LEC, aquel decreto del LAJ archivando la causa encuentra su fundamento en la aceptación por el ejecutado del desistimiento del ejecutante y en la negativa a continuar la ejecución con el tercerista. Se deduce, a mayor abundamiento, que, para comprobar la decisión del ejecutado, será necesario darle traslado del desistimiento aunque la redacción del precepto tampoco haga referencia a dicha circunstancia, y es que, tal y como ya vimos para la hipótesis de que la tercería viniera de la mano de un título ejecutivo, en caso de estar personado el ejecutado, y por aplicación del art. 20 LEC, será necesario darle audiencia a fin de que pueda realizar las alegaciones que estime oportunas: convenir el desistimiento y oponerse a la continuación del proceso o aceptar el desistimiento, pero instando la continuación de la ejecución para pagar al tercerista con las cantidades obtenidas en la misma por reconocer el derecho preferente de este. En consonancia con lo anterior, el apartado 1.º del propio art. 619 LEC prevé que se emplace al ejecutado personado para que, en cinco días desde la notificación del allanamiento del ejecutante al crédito del tercerista que no conste en título ejecutivo, exprese su conformidad o disconformidad con dicha decisión.

Se sustentan, asimismo, ambas opciones —continuar o archivar la ejecución— precisamente en la naturaleza no ejecutiva del título que aporta el tercerista. Realmente, la causa que sostiene la decisión de poner fin a la ejecución cuando el ejecutado se opone a su continuación no es otra que el hecho de que, al abandonar el ejecutante la ejecución, desaparece el único título ejecutivo que justificaba su tramitación. Efectivamente, el tercerista basa su pretensión de mejor derecho en un título no ejecutivo que, por consiguiente, no permite proseguir el procedimiento. De forma clara, además, indica el art. 517.1 LEC que el título ejecutivo es condición *sine qua non* para iniciar la ejecución,¹⁵ por lo que, al desaparecer el título que permitió su incoación, faltaría el presupuesto necesario para su continuación. No existiendo, pues, título ejecutivo decaería la ejecución. Dicho de otra forma, desistida la única parte que aportó un título, la ejecución se extingue, aunque haya sido interpuesta la tercería de mejor derecho, ya que el título aportado por el tercerista carece de la condición de ejecutivo.

15. «La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución» (art. 517.1 LEC).

La finalización de la ejecución provocaría, además, la terminación de la tercería por ser esta incidental al proceso principal, no pudiendo ser tramitada de manera independiente y autónoma respecto de aquel. No es posible, por tanto, lograr una sentencia de tercería que declare la existencia del derecho preferente de cobro, pretensión que queda imprejuizada permitiendo al tercerista instar un proceso declarativo posterior, cuya resolución de fondo servirá de título ejecutivo.

Lógicamente, esta forma de poner fin a la ejecución también impide que se aplique la regla del pago de las tres quintas partes de las costas y gastos soportados por el ejecutante hasta el momento de la notificación de la demanda de tercería, tal y como refiere para el allanamiento el apartado 2 del art. 619 LEC. Es requisito para ello —que no se cumple— que la ejecución continúe, relegando al ejecutante en el derecho de cobro del crédito cuyo pago reclama al ejecutado, al tiempo que se le otorga un derecho de cobro preferente respecto de la cuantía que resulte de aplicar aquella proporción de las tres quintas partes a los gastos soportados hasta la notificación de la tercería.

Por su parte, de aceptar el ejecutado continuar la ejecución para pagar al tercerista, habría de entenderse que se estaría produciendo una especie de allanamiento de aquel a la tercería interpuesta¹⁶, subsanando tal decisión el «defecto» del título, esto es, la falta de naturaleza ejecutiva del mismo. El reconocimiento del derecho de crédito preferente por parte del ejecutado sirve como título ejecutivo y justifica la continuación de la tercería solo con el tercerista, que sucede al ejecutante desistido y que nova la cuantía por la que se tramita la ejecución, adaptándola al derecho del tercerista, igual que acontecía en la tercería basada en título ejecutivo.

De darse esta situación, se aplica al ejecutante que abandona el proceso la regla del cobro preferente de los tres quintos de los gastos y costas generados hasta la notificación de la demanda de tercería, que actúa como presupuesto necesario para permitir el cobro de la deuda del tercerista.

4. Bibliografía

CACHÓN CADENAS, M., «Artículo 619», en Lorca Navarrete, A.M. Dir., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.

16. Véase VALLESPÍN PÉREZ, D., *Manual de Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 319.

- FERNÁNDEZ CARRON, C., *La tercería de mejor derecho*, La Ley, Las Rozas, 2010
- CHACO GÓMEZ, M.L., «Tercerías», E. Arnaldo Cubillas, E., Coord., *Enciclopedia jurídica*, Vol. 22, Ed. La Ley, Las Rozas, 2008
- FUENTES SORIANO, O., «Del embargo de bienes. De la prioridad del embargante y de la tercería de mejor derecho (artículos 613 a 620)», en Gimeno Sendra, J.V., Dir., *Proceso civil práctico: comentarios a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018
- LAFUENTE TORRALBA, A.J., *La tercería de mejor derecho en el proceso civil*, Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2009
- VALLESPÍN PÉREZ, D., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2022

XVII | Cuestiones controvertidas en torno a la modalidad ordinaria de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad¹

Esther Pillado González
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

Tomás Farto Piay
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. 1.1. REGULACIÓN. 1.2. MODALIDADES. 2. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DE LA MODALIDAD ORDINARIA. 3. PLAZOS. 4. MOMENTO DE DECISIÓN: AUDIENCIA. 5. IMPUGNACIÓN. 6. SUSPENSIÓN DE LA PENA CON IMPOSICIÓN DE OTRAS OBLIGACIONES. 6.1. PROHIBICIONES, DEBERES U OBLIGACIONES DEL ART. 83 CP. 6.2. PRESTACIONES O MEDIDAS DEL ART. 84 CP. 6.3. ALZAMIENTO, MODIFICACIÓN O SUSTITUCIÓN. 7 REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN. 8. REMISIÓN DE LA PENA. 9. BIBLIOGRAFÍA

1. Consideraciones generales sobre la suspensión de la ejecución de la pena

Con carácter general, puede señalarse que la suspensión de la ejecución de la pena es una facultad que ostenta el órgano judicial para dejar en suspenso, de acuerdo con los términos establecidos legalmente, la ejecución o cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia. Se trata de una institución que presenta una dimensión constitucional, toda vez que se erige en una medida tendente a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social previsto en

1. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST)», Ref. CIPROM 2023-64 GVA.

el art. 25.2 CE, con incidencia en el derecho fundamental a la libertad personal consagrado en el art. 17 CE².

Más en concreto, tal como señala la STC 251/ 2005, de 10 de octubre, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad trata de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad de condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos, evitando los efectos desocializadores del cumplimiento de las penas privativas de libertad de corta duración³, siempre que no concurren circunstancias que aconsejen su cumplimiento efectivo, y otorgando así eficacia a las previsiones constitucionales de resocialización del penado, posibilidad de reeducación y de reinserción social tendente a hacer desaparecer la amenaza que cualquier delincuente representa para la sociedad⁴.

Ahora bien, es preciso señalar que no existe una concesión del beneficio de suspensión de la ejecución de la pena por ministerio de la ley⁵, ni tampoco constituye un derecho del penado en sentido propio, sino que se trata, como ya se ha apuntado, de una facultad discrecional que el ordenamiento jurídico reconoce al juez o tribunal, como excepción al principio general conforme al cual las sentencias se deben cumplir en sus propios términos, como disponen los arts. 988 y 990 LECrim y el art. 18.2 LOPJ⁶.

2. La STC 110/2003, de 16 de junio (RTC 2003/110), señala que no son decisiones sobre restricción de la libertad en sentido estricto, pero afectan al valor libertad, en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo. Por su parte, La STS de 18 de octubre de 2018 (RJ 2018/4608), advierte que la decisión sobre la suspensión de una pena privativa de libertad, ya se acuerde en sentencia o en fase de ejecución, constituye un pronunciamiento distinto del propio del juicio y afecta de modo directo al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE) en cuanto puede determinar el ingreso en prisión del condenado por motivos o circunstancias distintas de las analizadas en el juicio.

No obstante lo anterior, el ATC de 23 de enero de 2018 (RTC 2018/3), señala que la suspensión de la ejecución de la pena no afecta directamente al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE).

3. ALASTUEY DOBÓ («La suspensión de la ejecución de la pena de prisión con imposición de «prestaciones o medidas»», *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 41-2021, pp. 1235-1236) apunta que «el objetivo prioritario de los denominados «sustitutivos penales» es evitar la desocialización del condenado siempre que la pena privativa de libertad impuesta no alcance una determinada gravedad, pues si es así la inejecución de la pena supondrá un menoscabo relevante de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general. Por eso, evitar el encarcelamiento y sus efectos desocializadores solo es posible en las penas privativas de libertad de corta o, como mucho, media duración».

4. STC 251/2005, de 10 de octubre (RTC 2005/251).

5. Vid. AAP de Burgos, de 22 de noviembre de 2021 (JUR 2022/50658).

6. Vid. AAP de Salamanca, de 11 marzo de 2024 (JUR 2024/10750); AAP de Madrid, de 14 de julio de 2021 (JUR 2021/368739); AAP de Badajoz, de 21 de octubre de 2021 (JUR 2022/30657); AAP Pontevedra, de 15 de diciembre de 2020 (JUR 2021/81969).

1.1. Regulación

La regulación general de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad se contiene en los arts. 80 a 87 CP, incardinados en la Sección 1ª, bajo la rúbrica «De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», del Capítulo III, Título III del Libro I del texto sustantivo penal; asimismo, resultan de aplicación las disposiciones comunes previstas en los arts. 94 y 94 bis CP, incluidas en la Sección 4ª del citado Capítulo III. Todo ello sin perjuicio de otras previsiones relativas a la suspensión de ejecución de la pena en delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social y el fraude de subvenciones —art. 308 bis CP—, en supuestos de trastorno mental grave —art. 60 CP—, o en caso de solicitud de indulto —art. 4.4 CP—, a lo que cabe añadir la denominada suspensión de la ejecución del resto de la pena, o libertad condicional, normada en la Sección 3ª del Capítulo III, Título III del Libro I (arts. 90 a 92 CP), si bien no se trata, en puridad, de una suspensión de ejecución de la pena propiamente dicha⁷.

Debe tenerse en cuenta, además, que, con carácter general, resultan de aplicación al sistema de suspensión de la ejecución las disposiciones comunes de la Sección 4ª del Capítulo III, compuesta por los arts. 94 y 94 bis. Es así que, en lo que aquí interesa, el art. 94 bis CP dispone que, a los efectos previstos en el Capítulo III, las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la UE tendrán el mismo valor que las impuestas por jueces o tribunales españoles, salvo que los antecedentes hubieran sido cancelados, o pudieran serlo, con arreglo al derecho español⁸.

La regulación vigente es consecuencia de la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que ha supuesto una reforma de calado respecto del régimen legal de la suspensión de la pena. En tal sentido, el propio Apartado IV del Preámbulo de la LO 1/2015 advierte que con esta reforma se incorpora una revisión de la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena, con la fi-

7. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Las alternativas a la prisión en la reforma de 2015», en *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma de 2015*, J.M. Landa Gorostiza (dir.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 184-185.

8. En este sentido, el Apartado VI del Preámbulo de la LO 1/2015 expone que se equipara, a efectos de considerar la reincidencia o de la determinación de la condición de reo habitual, las sentencias condenatorias procedentes de los países de la UE con las sentencias nacionales, equiparación entre antecedentes penales españoles y los correspondientes a condenas impuestas por tribunales de otros Estados de la UE a los efectos de resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena, o su posible revocación, que resulta conforme a las previsiones de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.

nalidad de dotarla de una mayor flexibilidad, así como de facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de la ejecución de las penas de prisión.

1.2. Modalidades

Con la reforma operada por la LO 1/2015, el legislador ha pretendido poner fin a la triple regulación de la suspensión preexistente: suspensión ordinaria, suspensión para delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena, lo que podía suponer, en ocasiones, tres decisiones sucesivas con sus respectivos recursos⁹. Así, se prevé un único sistema de suspensión de pena privativa de libertad, pero con alternativas, lo que redundará en una mayor eficacia del sistema al resolverse sobre la situación del condenado en un único momento procesal y a través de una única resolución judicial. En la regulación vigente, se mantienen diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como opciones o alternativas posibles bajo un régimen único; esto es, podrá acordarse la suspensión ordinaria o extraordinaria ya sea por satisfacción de la responsabilidad civil, en caso de drogodependencia, por enfermedad grave o con imposición de otras obligaciones. Y todo ello, en una única resolución judicial pues se aúnan y abrevian los momentos procesales en los que se sustancia el debate sobre las alternativas a la prisión, estableciéndose un único turno de alegaciones para decidir qué beneficio le puede corresponder al reo y se concentra en una única resolución la decisión sobre la ejecución. De esta forma, se evitan las dilaciones del sistema derogado en el que era posible que primero se tramitase un incidente sobre la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y, si la misma no se acordase, se planteaba otro sobre la sustitución.

Es así que el actual régimen de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad permite diferenciar diversas modalidades de suspensión: la modalidad ordinaria, con o sin imposición de prestaciones y/o prohibiciones, objeto del presente trabajo; la suspensión extraordinaria del art. 80.3 CP, ante la falta de los requisitos ordinarios; la suspensión extraordinaria del art. 80.4 CP para supuestos de enfermedad muy grave con padecimientos incurables; y, la suspensión excepcional del art. 80.5 CP, en casos de comisión del delito a causa de la dependencia de las sustancias señaladas en el art. 20.2.º del texto punitivo.

9. En efecto, el CP, en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015 permitía al juez acordar la suspensión o la sustitución de la pena privativa de libertad siempre que se cumplieran los requisitos legalmente previstos; en concreto, era posible acordar una suspensión que podríamos denominar «ordinaria», de acuerdo con lo previsto en el art. 80 CP y además la suspensión en situaciones especiales: drogadicción (art. 87 CP) o enfermedad grave (art. 80.4 CP). Por otra parte, se permitía la sustitución de la pena privativa de libertad en el art. 88 CP y el supuesto especial de sustitución en casos de expulsión de extranjeros (art. 89 CP).

2. Concepto y presupuestos de la modalidad ordinaria

El art. 80. 1 CP prevé que los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años, cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

De este modo, la decisión judicial sobre la suspensión de la ejecución de la pena ostenta carácter facultativo o discrecional¹⁰, si bien se prevé expresamente que la resolución por la que se acuerde esté motivada, exigencia que entronca con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE; sin obviar que cuando las resoluciones judiciales inciden en el contenido de un derecho fundamental, como es el caso, concurre un deber de motivación reforzada. Este plus de motivación hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo, debiendo expresar de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de la decisión adoptada¹¹.

A este respecto, de acuerdo con la doctrina consolidada del TC¹², el canon reforzado de motivación imperante en materia de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad puede sintetizarse en dos consideraciones de signo contrario. De un lado, en sentido negativo, se ha rechazado reiteradamente que la simple referencia al carácter discrecional de la decisión del órgano judicial constituya motivación suficiente del ejercicio de dicha facultad; en otras palabras, la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su posterior control.

De otro lado, en sentido positivo, el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales del

10. Para FERNÁNDEZ PANTOJA [«Régimen general en materia de suspensión de la ejecución de la pena: presupuestos y requisitos», en *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, L. Morillas Cueva (dir.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 196-197] se trata de una ampliación de la discrecionalidad judicial encubierta por principios tan legítimos como eficacia y flexibilidad. Por su parte, PERIS RIERA [«El nuevo modelo omnicompreensivo de suspensión de la ejecución de la pena», en *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, L. Morillas Cueva (dir.), Dykinson, Madrid, 2016, p. 181] advierte de los riesgos que entraña la instauración de altos niveles de discrecionalidad.

11. STC 251/2005, de 10 de octubre (RTC 2005/251).

12. SSTC 70/2024, de 6 de mayo (RTC 2024/70); 76/2007, de 16 de abril (RTC 2007/76); 320/2006, de 15 de noviembre de 2006 (RTC 2006/320).

penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad.

A efectos de adoptar la decisión, por ende, de motivarla, el art. 80.1 CP prevé que el órgano judicial haya de valorar diversas circunstancias: delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

En lo que atañe a los criterios o circunstancias valorativas a considerar por el órgano judicial decisor relativas al penado, vienen referidas a momentos diversos. Así, se atiende a las circunstancias anteriores. De un lado, las relativas al delito cometido, aspecto controvertido en tanto se viene negando que la gravedad del delito cometido, ya ponderado al determinar la pena, pueda volver a considerarse a efectos de decidir sobre la suspensión, y dichas circunstancias deben interpretarse como la situación o contexto relativo a los hechos ilícitos¹³. De otro lado, se hace referencia a sus antecedentes, cuestión que también genera discusión en tanto en cuanto se puede conceptualizar como únicamente los «antecedentes penales», puesto en relación a la expresión del art. 80.2.1ª CP, sin que puedan ponderarse los «antecedentes policiales»¹⁴, o si por el contrario estos últimos también son valorables¹⁵. En cualquier caso, de pon-

13. Como señala FERNÁNDEZ PANTOJA («Régimen general en materia de suspensión...», ob. cit., p. 202), de lo que se tratará realmente es de que el juicio de pronóstico se dirija hacia la evitación de otro delito posterior, este dato puede convertir una denegación de suspensión porque el sujeto cometió un «delito grave» en una concesión de la suspensión que pueda evitar un futuro delito». Para ABEL SOUTO (*La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 54) se trata de valorar la existencia o ausencia en el delito de factores criminógenos, históricos, contextuales o motivacionales. Mientras que ALASTUEY DOBÓ («La suspensión de la ejecución...», ob. cit., pp. 1250-1251) dice que circunstancias del delito cometido remiten a una valoración del contexto del hecho que permita extraer conclusiones sobre el riesgo de reincidencia, y no a la gravedad del delito, a la que en principio ya se atiende mediante la fijación de un límite máximo de duración de la pena objeto de suspensión. Es cierto que de los elementos que forman parte del desvalor de la acción —por ejemplo, medios, modos o formas de realización de la acción, o el dolo— también pueden extraerse consecuencias para efectuar el juicio de comportamiento futuro, pero la entidad del desvalor del resultado no debería desempeñar ningún papel a estos efectos.

Procede señalar que la STC 76/2007, de 16 abril (RTC 2007/76), considera que no haber declarado en el procedimiento penal no es motivo para denegar la suspensión de la pena, pues ello es constitucionalmente inadmisible y lesiona derechos fundamentales.

14. FERNÁNDEZ PANTOJA («Régimen general en materia de suspensión...», ob. cit., p. 202) considera que la referencia a que sean los «penales» lógicamente excluye otros, así los policiales, que deben ser totalmente ignorados por el órgano judicial en el juicio valorativo.

15. Para ABEL SOUTO («La suspensión...», ob. cit., pp. 58-59) se trata de un factor más del que inferir el juicio de peligrosidad, siendo un concepto no normativo sino meramente descriptivo o factico, que reclama una

derarse la existencia de antecedentes policiales, éstos no pueden constituir, *per se*, un elemento del que inferir un juicio o pronóstico de peligrosidad que se erija en fundamento exclusivo de una decisión denegatoria de la suspensión si no concurren otros elementos.

También se considera la conducta posterior al hecho, como puede ser el transcurso de un plazo considerable de tiempo entre el hecho y el momento de decisión sobre la suspensión sin haber delinquido¹⁶, así como los esfuerzos reparadores del daño causado desplegados por parte del penado, que no quedan únicamente constreñidos al aspecto indemnizatorio¹⁷. Además, se ponderarán sus circunstancias familiares (con quien convive, si tiene hijos o personas dependientes o a su cargo) y sociales (si dispone de trabajo e ingresos, su ámbito sociolaboral, domicilio establecido)¹⁸.

Con todo ello se tratará, en definitiva, de concluir si resulta razonable considerar que la ejecución de la pena no deviene necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos, esto es, evitar su reiteración delictiva; en otras palabras, hacer un estudio de la peligrosidad delictiva del penado, tal como se expone seguidamente.

En tal sentido, y como señala la STS de 18 de octubre de 2018, de la regulación del CP relativa a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad se desprenden las siguientes consideraciones de carácter general: que la decisión sobre la suspensión de una pena privativa de libertad se acuerde en sentencia o en fase de ejecución, constituye un pronunciamiento distinto del propio del juicio, que afecta de modo directo al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE) en cuanto puede determinar el ingreso en prisión del condenado; que la decisión que se adopte requiere una motivación reforzada que debe contener, además de la exteriorización del cumplimiento o no de los requisitos legalmente establecidos, una valoración de las circunstancias individuales del penado, en relación con otros bienes o valores comprometidos en la decisión, así como una ponderación de la prohibición o deber a que puede condicionarse la suspensión.

De este modo y, en síntesis, se colige que la decisión sobre la suspensión de la pena entraña una resolución discrecional y compleja, que ha de ser motivada,

valoración de la trayectoria delictiva.

16. Así, AYALA GARCÍA, J.M. y ECHANO BASALDUA, J.I., «La suspensión de la pena...», ob. cit., p. 204.

17. ABEL SOUTO, M., *La suspensión...*, ob. cit., p. 60. ALASTUEY DOBÓ, Carmen, «La suspensión de la ejecución...», ob. cit., p. 1250.

18. En este mismo sentido, ABEL SOUTO, M., *La suspensión...*, ob. cit., p. 56 y 6; ALASTUEY DOBÓ, C., «La suspensión de la ejecución...», ob. cit., p. 1249.

y exige la ponderación de factores y variables diversos¹⁹. En este sentido, se ha puesto de manifiesto la conveniencia, cuando no necesidad, de que el texto legal hubiese incluido la emisión de un informe psicosocial sobre ese pronóstico de reiteración, que contribuiría al fundamento de la decisión del órgano judicial respecto de la innecesariedad o no de la ejecución de la pena²⁰.

Asimismo, y como hemos señalado, la modalidad ordinaria puede conllevar la imposición de prestaciones y/o prohibiciones, cuando el juez o tribunal lo consideren conveniente o necesario, en los términos previstos en los arts. 83 y 84 CP.

De conformidad con el art. 80 CP, redactado por la LO 1/2015, para que el juez pueda acordar la suspensión ordinaria de la pena privativa de libertad, es necesaria la concurrencia de tres requisitos concretos.

En primer lugar, se requiere que el condenado haya delinquido por primera vez. Con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, el art. 80 CP condicionaba la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria a la inexistencia de antecedentes penales del condenado, puesto que textualmente se aludía a que el reo no estuviera condenado con antelación «por delito doloso» (salvo que el antecedente penal hubiera sido cancelado o fuera cancelable); en consecuencia, el juez no podía acordar la suspensión, en ningún caso, cuando el condenado era reincidente.

19. Se trata de una facultad motivadamente discrecional, conforme a las SSTs de 6 de abril de 2018 (RJ 2018/1745) o de 18 de febrero de 2000 (RJ 2000/871). Así, la STS de 18 de octubre de 2018 (RJ 2018/4608), señala que la decisión requiere una motivación reforzada que debe contener, además de la exteriorización del cumplimiento o no de los requisitos legalmente establecidos, una ponderación de las circunstancias individuales del penado, en relación con otros bienes o valores comprometidos en la decisión (tal y como se deduce, entre otros del contenido de los artículos 80.1, párrafo 2º, 80.2.1º, 80.3, párrafo 2º, 80.4) así como una ponderación de la prohibición o deber a que puede condicionarse la suspensión, advirtiendo que la decisión sobre la suspensión de la pena de prisión, sea estimatoria o desestimatoria, es una resolución compleja y discrecional, en la que han de ponderarse múltiples factores.

Por su parte, la STC 248/2004, de 20 diciembre (RTC 2004/248), exige no sólo la exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos sino ponderar las circunstancias individuales del penado en relación con otros bienes o valores constitucionales. También, la STC de 12 de abril de 1999 (RTC 1999/55) afirma que su ejercicio viene condicionado por la exigencia de motivación tanto para su concesión como para su denegación, y sólo así posibilita un control posterior en evitación de arbitrariedad.

Dentro del deber de motivación de la resolución, reseñar que no haber declarado en el procedimiento penal no es motivo para denegar la suspensión de la pena, pues conforme a la STC 76/2007, de 16 abril (RTC 2007/76), ello es constitucionalmente inadmisibles y lesiona derechos fundamentales.

20. ABEL SOUTO (*La suspensión...*, ob. cit., p. 45) advierte que parece recomendable el auxilio del juez por parte de expertos que dictaminen sobre la prognosis criminal, aun cuando su informe no sería vinculante pues el CP no lo exige, y recuerda que la reforma de 2015 ignora las propuestas de informes criminológicos. En el mismo sentido, PÉREZ RIVAS, N., «La suspensión de la ejecución de la pena a la luz de las nuevas tendencias político-criminales», en *Cuestiones actuales de política criminal*, F. Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 335; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., «Los modelos de inejecución condicionada de la pena de prisión», *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 15-2019, p. 208.

En contraste con lo expuesto, en la redacción actual del art. 80.2.1ª CP, no es un obstáculo insalvable la existencia de antecedentes penales del condenado. Al contrario, se concede al juez una gran discrecionalidad en cuanto que, para valorar la primariedad delictiva, además de no tener en cuenta los delitos imprudentes y leves, tampoco deberá considerar los antecedentes penales «correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros» (art. 80.1.2ª CP)^{21/22}.

Como apunta la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, «La experiencia venía poniendo de manifiesto que la existencia de antecedentes penales no justificaba en todos los casos la denegación de la suspensión, y que era por ello preferible la introducción de un régimen que permitiera a los jueces y tribunales valorar si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para valorar su posible peligrosidad y, en consecuencia, si puede concedérsele o no el beneficio de la suspensión; y que el mismo criterio debía ser aplicado en la regulación de la revocación de la suspensión»²³.

El fundamento de esta suspensión «ordinaria» es, como señala el propio art. 80.1 CP que «sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos». Y, como ya

21. Como advierten AYALA GARCÍA y ECHANO BASALDUA («La suspensión de la pena...», ob. cit., p. 207) lo relevante ya no es el dato objetivo de haber delinquido por primera vez, sino el pronóstico de comportamiento a la vista de la naturaleza y circunstancias de los delitos en que tienen origen los antecedentes; VILLACAMPA ESTIARTE («Las alternativas a la prisión...», ob. cit., p. 186) se refiere a un concepto amplio de primariedad delictiva que permite el acuerdo de la suspensión pese a que el sujeto tenga antecedentes penales, siempre que éstos carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

22. En este sentido, los AAP de Barcelona, de 8 de mayo de 2017 y de 18 de septiembre de 2018 (JUR 2017/193170 y JUR 2018/6238), respectivamente) acuerdan la suspensión de la ejecución de la pena a un delincuente no primario en cuanto las condenas anteriores son o bien constitutivas de delitos leves o suponen «antecedentes irrelevantes para la concesión del beneficio de suspensión. Del mismo modo, el AAP de Madrid, de 13 de enero de 2017 (JUR 2017/62385) acuerda suspender la pena a pesar de que se trata de un delincuente no primario, en tanto lo considera procedente puesto que «lleva tiempo sin delinquir y ha cumplido las penas anteriores, que afectan al mismo bien jurídico (delitos de robo) y se ha esforzado por hacer frente al pago de la responsabilidad civil». Por su parte, la SAP de A Coruña, de 15 febrero de 2024 (JUR 2024/121627) acuerda la suspensión, aunque se haya cometido un nuevo delito porque entiende la Sala que el delincuente «merece una última oportunidad para reconducir su conducta, mantenerse alejado del ilícito, y considera que prevalece la probabilidad de no comisión de futuros delitos, los efectos de la suspensión son más intensos que la necesidad de cumplimiento de la condena».

Sin embargo, en sentido contrario, otras resoluciones, más acordes con la anterior legislación, no conceden la suspensión de la pena basándose en una inexistencia de primariedad delictiva, y no en todas relacionada con una peligrosidad criminal. Por tanto, vemos como en estos casos los jueces siguen apegados en parte a la normativa derogada, que dejaba poco margen a la discrecionalidad, impidiendo tener en cuenta las circunstancias del penado. Vid. AAP de Badajoz, de 9 de diciembre de 2016 de (JUR 2017/66487), AAP de Badajoz de 28 junio de 2017 (JUR 2017/215659), AAP de Badajoz de 14 de septiembre de 2017 (JUR 2017/252265), AAP de Badajoz de 27 de septiembre de 2017 (JUR 2017/260178), AAP de Madrid, de 3 de julio de 2017 (JUR 2017/224629), AAP de Madrid, de 10 de julio de 2017 (JUR 2017/225229); AAP de Pontevedra, de 24 de mayo de 2017 (JUR 2017/171988) o AAP de Madrid 232/2024 de 7 febrero de 2024 (JUR 2024/141058).

23. Apartado IV, Exposición de Motivos LO 1/2015.

se adelantó, en ese mismo precepto se le ofrecen al juez los elementos que debe tener en cuenta para hacer esa valoración; a saber, «las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas».

En este sentido, el legislador ha querido establecer un pronóstico de delincuencia del penado; se trata de valorar si, conforme a todos los parámetros expuestos, se considera que el cumplimiento de la pena no es necesario para que no vuelva a delinquir, que es uno de los fines de la pena, esto es, la resocialización.

Cuestión distinta será la reiteración delictiva durante la suspensión de la pena, que será analizada posteriormente en el apartado dedicado a la revocación de la suspensión de la pena.

Como se expuso anteriormente, esta previsión aumenta la discrecionalidad judicial para individualizar la respuesta penal que sea más conveniente para el condenado, debiendo los jueces ser muy cuidadosos a la hora de valorar si la existencia de antecedentes penales es una muestra de la «peligrosidad» del condenado que le puede llevar a la comisión de nuevos delitos²⁴.

El concepto de peligrosidad criminal se ha ido perfilando en las resoluciones judiciales posteriores a la reforma de 2015 a la vista no sólo de la cuantificación de la pena, sino también de la existencia de antecedentes o reiteración delictiva (a tener en cuenta sobre todo a la hora de hablar de una revocación de la suspensión). En este sentido, cuando existan antecedentes que hagan inferir una tendencia criminológica reiterada, podremos decir que existe ese factor de peligrosidad criminal²⁵. En esta línea, se alude a la existencia de peligrosidad criminal basada en «una trayectoria delictiva abarcando gran número de tipos penales en progresión evolutiva en el sentido de mayor gravedad»²⁶; o, en otras resoluciones, se alude al «largo y pluriofensivo historial delictivo»²⁷.

24. El juez podrá incluso solicitar informe pericial sobre la probabilidad de comisión de delitos futuros por parte del condenado, pero esta posibilidad no es habitual, sobre todo por la necesaria celeridad que impone la resolución sobre la suspensión de la pena.

25. SAP de Jaén, de 24 de enero de 2024 (JUR 2024/211848); SAP de Barcelona, de 23 de octubre de 2023 (JUR 2024/42638); AAP de Barcelona, de 3 de abril de 2017 (JUR 2017/156596).

26. AAP de Madrid, de 13 de julio de 2017 (JUR 2017/233848).

27. AAP de Badajoz, de 21 de diciembre de 2017 (JUR 2017/66359). En este mismo sentido, a la vista de la existencia de un amplio historial delictivo el AAP de Barcelona, de 26 de enero de 2017 (JUR 2017/68246), deniega el beneficio de la suspensión tras una solicitud de indulto por el penado en tanto entiende su solicitud como una maniobra dilatoria, puesto que del estudio de la misma deriva que las expectativas de prosperar

Además, para completar los criterios para tener en cuenta a la hora de determinar la existencia o no de peligrosidad criminal, se ha entendido que no existirá peligrosidad criminal cuando «la violencia física empleada no haya sido especialmente intensa ni los resultados lesivos graves», lo que lleva a entender que no será motivo para no conceder la suspensión a un delincuente, que además es primario²⁸.

A efectos de acordar la suspensión de la pena, es importante distinguir entre la peligrosidad y los modelos de reincidencia que recoge el CP, reiteración y habitualidad delictiva. Mientras la peligrosidad viene determinada por la existencia de una conducta delictiva *in crescendo*, o de una gravedad de los hechos cometidos; la reiteración delictiva se entiende como la condena reiterada por idéntico delito, que indica la alta probabilidad de la comisión de delitos futuros²⁹, incluyendo su reiteración tras la imposición de la pena, enfocado esto a una posible revocación de la suspensión³⁰.

En consonancia con lo señalado, la jurisprudencia se pronuncia también en relación con la habitualidad delictiva del penado. Se dictan numerosas resoluciones que deniegan la suspensión de la pena ante la comisión de delitos de violencia de género por existir habitualidad en su comisión³¹, demostrando así una «incurregibilidad que no le hace acreedor al beneficio solicitado», siendo éste el argumento de peso a la hora de tomar la decisión, y no la inexistencia de primariedad delictiva³². Según el TS el hecho de que el penado quebrante la pena en dos ocasiones desde que ha sido impuesta denota «desprecio absolu-

tal indulto o la apariencia de buen derecho de la solicitud del mismo son escasas, apreciando además paralelamente un historial delictivo amplio y pluriofensivo que finalmente decanta la decisión. Se deja constancia de que, del mismo modo que para la concesión de la suspensión de la pena ordinaria es preciso llevar a cabo el examen de las circunstancias que señala el art. 80 CP, también lo será para la concesión de la suspensión de la pena por indulto, y es que en ocasiones, el penado, tras una petición de la suspensión de la pena ordinaria denegada, ha tratado de conseguir el mismo resultado a través de la solicitud de un indulto indicando la posibilidad de que tal suspensión se produjese de forma automática. Pues bien es clara aquí la jurisprudencia cuando señala que no por tratarse de una suspensión de pena por indulto esto implica que vaya a concederse de forma automática. Igualmente, AAP de Barcelona, de 17 de mayo de 2017 (JUR 2017/200150).

28. AAP de Madrid, de 13 de julio de 2017 (JUR 2017/243645). En el mismo sentido, AAP de Asturias, de 14 de febrero de 2017 (JUR 2017/83098).

29. AAP de Madrid, de 19 de julio de 2017 (JUR 2017/233306).

30. En esta misma línea, el AAP de Asturias, de 6 de septiembre de 2017 (JUR 2017/252579) en relación con la reiteración de un delito contra la seguridad vial, señala que existe una *evidente peligrosidad y pauta de conducta*.

31. Se entenderá que existe habitualidad delictiva en tanto se cumplan los requisitos del art. 94 CP.

32. AAP Asturias de 28 de abril de 2017 (JUR 2017/157853), AAP de Asturias de 28 de abril de 2017 (JUR 2017/1588114), de 15 de mayo de 2017 (JUR 2017/208127).

to por el mandato judicial y por la sensibilidad social en materia de violencia de género»³³.

De hecho, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en el art. 80.1 CP, la concurrencia de una peligrosidad criminal puede llevar a que no se conceda la suspensión de la pena. Así se apunta en el AAP de Albacete, de 23 de octubre de 2017, que nos habla además del concepto de peligrosidad criminal, a la vez que lleva a cabo un estudio del caso concreto en relación a los requisitos del CP para la suspensión de la ejecución, y señala que «del examen de las actuaciones se desprende que el recurrente cumple las condiciones o requisitos mínimos para la concesión de este beneficio, los antecedentes penales que le constan son posteriores a la comisión de los hechos objeto de esta ejecutoria, y no hay responsabilidades civiles que satisfacer, sin embargo, estos requisitos lo son de mínimos, esto es, condiciones sine qua non no es posible la suspensión, pero no significa que sean suficientes, por cuanto, por la peligrosidad del sujeto, conforme a la anterior terminología, o porque no sea razonable esperar que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos»³⁴. Por su parte, el AAP de Madrid, de 20 diciembre de 2023, refiere que «por aquella única circunstancia —su hoja histórico penal— dado el cauce argüido por el Ministerio Público— no es factible considerar en el estado actual de la presente ejecutoria, que la expectativa de reinserción en la que debe basarse la concesión del beneficio de la suspensión no puede mantenerse, al no ser posible deducir, fuera de toda duda racional, la concurrencia de una especial peligrosidad delictual que haga recomendable el cumplimiento de la actual condena»³⁵.

En relación con este requisito, el AAP de Tarragona, de 15 diciembre de 2023, concluye que «la peligrosidad, como pronóstico de tendencia criminal, reclama una precisión de todas las circunstancias concurrentes, y no solo las relativas al tipo delictivo por el que su autor fue condenado o las condiciones de producción o el grado de culpabilidad exteriorizado. La peligrosidad debe fundarse en un pronóstico que de forma razonable patentice que la persona condenada no es motivable por la norma, que puede tender a realizar nuevos hechos delictivos, que no quiere interiorizar, a la postre, los valores de paz, seguridad y libertad en los que se funda la convivencia democrática en un Estado Constitucional. Para ello deberán individualizarse, como exige el artículo 80 del Código Penal sus circunstancias personales, de vida, de arraigo, de trabajo, de edad, de familia..., en fin, de futuro, sin desconocer, desde

33. STS de 25 de marzo de 2002 (RJ 2002/4028).

34. AAP de Albacete, de 23 octubre de 2017 (JUR 2017/289089).

35. AAP de Madrid, de 20 diciembre de 2023 (JUR 2024/83618).

luego, la información que nos ofrece su pasado, en particular, sus antecedentes. Porque solo así puede justificarse suficientemente una afirmación que, sin perjuicio de su operatividad normativa, debe administrarse con prudencia si no se quieren socavar fundamentos esenciales del sistema penal que ampara nuestra Constitución»³⁶.

El segundo requisito exigido para acordar la suspensión, es que la pena o la suma de las penas impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en el cómputo la derivada del impago de la multa (art. 80.2.2ª CP)³⁷.

La fijación por el legislador de un límite penológico de dos años obedece a determinaciones de política-criminal, quizá debido a cuestiones de prevención general³⁸, si bien ha sido objeto de crítica por entender que debería haberse establecido un límite superior³⁹.

En cualquier caso, lo cierto es que, de acuerdo con el tenor del artículo, no son susceptibles de suspensión aquellas penas que, pese a que su duración individual no excede de los dos años, la suma de las mismas rebasa el citado límite, excepción hecha de la pena derivada del impago de la multa, con lo que se ha aclarado la controversia anterior sobre esta cuestión que, así, queda resuelta⁴⁰.

En tercer y último lugar, se requiere que se haya satisfecho la responsabilidad civil originada y que se haya hecho efectivo el decomiso acordado en la sentencia conforme el art. 127 CP (art. 80.2.3ª CP)⁴¹.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo con su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado⁴², y sea razonable esperar que el

36. AAP de Tarragona, de 15 diciembre de 2023 (JUR 2024/78535).

37. El AAP de Granada, de 23 de marzo de 2022 considera que «para el cómputo del límite de los dos años ha de tenerse en consideración la pena señalada en la sentencia («pena impuesta») sin reducción alguna en cualquier caso de indulto parcial».

38. AYALA GARCÍA y ECHANO BASALDUA («La suspensión de la pena...», ob. cit., p. 208) lo atribuyen a las necesidades de prevención general que, a juicio del texto legal, imponen la ejecución de las penas superiores a dos años, salvo en los casos excepcionales de la suspensión extraordinaria.

39. En este sentido, para ABEL SOUTO (*La suspensión...*, ob. cit., pp. 42-43) ese límite poco ambicioso y restrictivo para un modelo rehabilitador, que podría haberse ampliado a 5 años, que se corresponde con las penas menos graves.

40. Vid. ABEL SOUTO, Miguel, *La suspensión...*, ob. cit., p. 87.

41. El ATC 3/2018, de 21 de febrero (RTC 2018/3), inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto al art. 80.2.3ª CP desde la perspectiva del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

42. El AAP de Córdoba, de 28 septiembre (JUR 2020/223967), afirma que el juez ha de denegado «la suspensión condicional de la deuda por falta de compromiso de pago sin fijar de manera definitiva la responsabilidad civil a la que se enfrenta el penado, sin indagar sobre su real capacidad económica y sin conocer de verdad la

mismo será cumplido en el plazo prudencial que se determine, pudiendo el juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, solicitar las garantías que estime convenientes para asegurar el cumplimiento.

En este aspecto, nos encontramos con otra novedad relevante en relación con el régimen anterior⁴³, puesto que se invierte el sistema en relación con el preexistente toda vez que se parte de la presunción del cumplimiento del pago de la responsabilidad civil o de la materialización del decomiso con el compromiso del penado⁴⁴, sin perjuicio de la facultad judicial de solicitar la prestación de garantías para garantizar el cumplimiento.

Con este sistema, se facilita que se pueda adoptar la decisión sobre la suspensión de manera más temprana, en particular poder hacerlo en la sentencia, sin tener que hacer averiguaciones patrimoniales ni trámites con carácter previo a la toma de la decisión sobre la suspensión⁴⁵.

En cuanto a este requisito, adquiere una especial trascendencia atender a la capacidad económica del penado en orden a la concreción, y exigibilidad, del abono de las responsabilidades civiles objeto de condena como condición para

voluntad del penado frente a un plan cierto y determinado que la ley le permite presentar, con lo que está precipitando una interpretación formalista de la condición 3ª del artículo 80.2 del Código Penal que perjudica al reo porque lo discrimina respecto a otros que sí cuentan con capacidad económica para pagar, total o parcialmente, la deuda pendiente».

43. El propio Apartado IV del Preámbulo de la LO 1/2015 señala que el sistema actual de comprobación previa resulta ineficaz y poco ágil, y dificulta que las decisiones sobre la suspensión de la pena puedan ser adoptadas en el mismo momento en que se dicta sentencia. Por ello, se introduce un sistema inverso al actual: el pago de la responsabilidad civil (y también, que se haya hecho efectivo el decomiso acordado por los jueces o tribunales) continúa siendo un presupuesto de la suspensión de la ejecución; pero es la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o de no facilitar el decomiso acordado lo que determina la revocación de la suspensión ya acordada.

44. FERNÁNDEZ PANTOJA («Régimen general en materia de suspensión...», ob. cit., p. 205) señala que en este punto se ha producido una importante novedad con la reforma de 2015, introduciendo una variación respecto al sistema anterior en el sentido de que se invierte el sistema actual. PERIS RIERA («El nuevo modelo omnicompreensivo de suspensión...», ob. cit., pp.182-183) entiende que el nuevo régimen de valoración del cumplimiento de la responsabilidad civil constituye una de las modificaciones de mayor calado, con un mecanismo de valoración inverso al existente, basado en la presunción del cumplimiento, cuyo objetivo pragmático oficialmente reconocido es evitar una lenta e ineficaz comprobación previa, si bien advierte que es un «arma de doble filo» pues por mucho que se instaure un sistema de presunción de cumplimiento, no debe olvidarse que también se ha instaurado un mecanismo automático de revocación. VILLACAMPA ESTIARTE («Las alternativas a la prisión...», ob. cit., p.188) señala que se sustituye la exigencia de cumplimiento efectivo *ex ante* por expectativa razonable de cumplimiento mediante asunción del correspondiente compromiso acorde con las propias capacidades por parte del obligado, a comprobar *ex post*.

45. AYALA GARCÍA y ECHANO BASALDUA («La suspensión de la pena...», ob. cit., p. 209) refieren que adquiere carácter general el sistema establecido para las sentencias dictadas de conformidad en los procedimientos de juicio rápido, de forma que se facilita que se resuelva sobre la suspensión en la sentencia.

la suspensión de la pena⁴⁶, cuyo incumplimiento tendrá sus consecuencias legales en sede de revocación de la suspensión.

En este sentido, como refiere el TC, la nueva regulación trata de vincular la concesión de la suspensión, en todo caso y cualquiera que sea la situación económica por la que pase el penado, a la asunción por parte del reo de su deber de resarcir a la víctima en la medida de sus posibilidades, de modo que dicho deber no desaparezca rituariamente al inicio de la ejecución de la condena, exigiéndose en todo momento una actitud positiva hacia el cumplimiento de la responsabilidad civil, si bien advierte que las razones por las que la indemnización no resulta finalmente satisfecha se valoran, como el legislador advierte en el preámbulo y materializa el art. 86.1.d) CP, en el momento en que el plazo conferido expira sin que se haya pagado. Así, como concluye el intérprete de la Constitución, ni la suspensión ni la revocación pueden condicionarse al pago de la responsabilidad civil cuando es imposible ese pago, afirmando que el derecho a la reparación de la víctima, y los planteamientos victimológicos, encuentran su límite en la prohibición de condicionar la suspensión al pago de la responsabilidad civil cuando no hay capacidad de cumplimiento⁴⁷.

En definitiva, a efectos de una interpretación y aplicación del requisito del pago de la responsabilidad civil acorde a los derechos y principios constitucionales, particularmente del derecho a la igualdad sin discriminación —art. 14 CE—, la clave del sistema no es dejar fuera de la suspensión a los que son insolventes en el momento en que se ha de decidir, sino que se trata de vincular la concesión de la suspensión, cualquiera que sea la situación económica del penado, a la asunción del deber de resarcir, eso sí, en la medida de sus posibilidades, lo que determina que el insolvente sigue disponiendo de una norma que contempla expresamente su situación, sin que el art. 80.2.3.^a CP pueda entenderse como una regla impeditiva de la concesión de la suspensión de la ejecución a quien no puede hacer frente a las responsabilidades civiles por falta de capacidad económica⁴⁸.

46. El AAN de 24 de febrero de 2023 (JUR 2023/98225), afirma que la cantidad ofrecida por el condenado como pago mensual es conforme con su situación patrimonial y con los preceptos legales que regulan las cuantías máximas que pueden ser objeto de embargo para el pago de las responsabilidades civiles impuestas en sentencia, sin perjuicio de que, como ya hemos apuntado, tales cuantías puedan verse modificadas en el caso de que se hallaren otros bienes titularidad del condenado susceptibles de embargo.

47. STC 32/2022, de 7 de marzo (RTC 2022/32).

48. Así lo refiere el ATC de 23 de enero de 2018 (RTC 2018/3).

3. Plazos

El art. 81 CP establece una diferencia regulatoria del plazo de la suspensión de la pena en función de la duración de la impuesta en la sentencia; así, será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves. Para la concreción del plazo de suspensión y a efectos de ponderación, el art. 81 CP remite a los mismos criterios valorativos previstos para la concesión de la suspensión⁴⁹, y que están recogidos en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 80 CP.

El plazo de suspensión el art. 82.2 CP empezará a contarse desde la fecha de la resolución que la acuerde, y si dicha resolución es la sentencia, el *dies a quo* será la fecha de su firmeza, cuestión que suscita problemas de interpretación, según se expondrá al abordar la remisión de la pena. En caso de que el sujeto penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía, el tiempo que haya estado en esa situación no computará como plazo de suspensión (art. 82.2 CP).

Finalmente, debe señalarse que el plazo de suspensión de la ejecución surte efectos en relación con la posible prescripción de la pena impuesta, toda vez que el art. 134.2.a) CP establece que el plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso durante el período de suspensión de la ejecución de la pena; esto es, se excluye del cómputo del plazo de prescripción de las penas el tiempo de suspensión de la condena ya impuesta.

4. Momento de decisión: audiencia

De acuerdo con el art. 82.1 CP, el momento procesal preferente para que el juez adopte la decisión sobre la suspensión de la pena será cuando dicte la sentencia⁵⁰; si ello no fuera posible, una vez firme la sentencia, deberá pronunciarse, necesariamente a medio de auto, con la mayor urgencia y previa audiencia de las partes⁵¹. Esa imposibilidad de pronunciamiento en sentencia, que conllevaría a esa decisión ulterior por auto, parece que *a priori* debiera justificarse en algún motivo dada la preferencia que se otorga a la sentencia.

49. Vid. AAN de 24 de octubre de 2023 (JUR 2023/416291).

50. PERIS RIERA, («El nuevo modelo omnicompreensivo de suspensión...», ob. cit., p. 184) refiere que es novedosa la iniciativa del legislador de 2015 de imponer a jueces y tribunales el deber de resolver en sentencia, siempre que ello fuere posible, sobre la decisión de otorgar la suspensión de la ejecución. De este modo «ha convertido en excepcional la no adopción de la decisión, convirtiendo en obligatorio —*ex lege*— lo que en la práctica diaria venía siendo la excepción».

51. En este sentido el Apartado IV del Preámbulo de la LO 1/2015 señala que se impone a jueces y tribunales el deber de resolver en sentencia sobre la posible suspensión de la ejecución siempre que ello resulte posible, y cuando la decisión no pueda adoptarse en sentencia, se articula un trámite de audiencia para las partes.

A fin de poder adoptar la decisión sobre la suspensión de la ejecución, deviene imprescindible que, ex art. 82.1 CP, en relación, en su caso, con el art. 80.6 CP referido a la audiencia del ofendido en los delitos perseguibles a instancia de parte, se conceda trámite de audiencia que faculte a las partes para alegar aquello que estimen procedente en defensa de su posición, así como aportar, en su caso, las pruebas que se estimen pertinentes a tal efecto, evitando así su indefensión⁵². En tal sentido, la interpretación del art. 82 CP conforme a la CE y en los términos más favorables para la tutela judicial efectiva de las partes, ha de determinar que, aunque el precepto no lo prevea expresamente, la decisión en sentencia sobre la suspensión de la pena privativa de libertad deba ir precedida de un trámite de audiencia que permita a las partes pedir, alegar o probar lo procedente en relación con este beneficio legal, en caso de que tal cuestión no haya sido objeto de debate y prueba en el plenario⁵³. Es así que la audiencia constituye una exigencia constitucional ineludible que emana de la prohibición constitucional de indefensión —art. 24.1 CE—, más cuando se dilucida el cumplimiento efectivo de una pena de prisión, de modo que de esa proscripción de indefensión, en relación con el debido control judicial de la privación de libertad, determina que el proceso debido —arts. 24.1 y 24.2 CE— exige dar al penado oportunidad de alegar de manera contradictoria y en igualdad de armas sobre la concurrencia de los requisitos para la concesión del beneficio de la suspensión, así como las circunstancias personales que el órgano judicial debe ponderar en relación con los fines de la institución⁵⁴. Añade, además, la STC 32/2022, de 7 de marzo, que esta exigencia debe ponerse en relación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que, al interpretar el art. 5.4 CEDH, declara que «la privación de libertad debe poder ser impuesta o revisada en proceso contradictorio, en igualdad de armas, en el que se otorgue al sometido a restricción de libertad la posibilidad de alegar sobre los fundamentos específicos de dicha restricción (entre muchas, SSTEDH de 24 de octubre de 1979, asunto Winterwerp c. los Países Bajos, § 60; de 21 de octubre de 1986, caso Sánchez Reisse c. Suiza, § 12; de 12 de diciembre de 1991, asunto Toht c. Austria, § 84; de 23 de septiembre de 2004, asunto Kotsaridis c. Grecia, § 29)» (STC 284/2004, FJ 3)»⁵⁵.

52. Si bien actualmente se prevé expresamente la audiencia a las partes, ya anteriormente la STC de 8 de octubre de 2007 (RTC 2007/222), sostenía que constituía una exigencia constitucional derivada de la prohibición constitucional de indefensión, más al dilucidar el cumplimiento de una pena de prisión.

53. STS de 18 de octubre de 2018 (RJ 2018/4608).

54. SSTC 248/2004, de 20 de diciembre (RTC 2004/284); 76/2007, de 16 de abril de 2007 (RTC 2007/76); 222/2007, de 8 de octubre de 2007 (RTC 2007/222), y, de 32/2022, de 7 de marzo de 2022 (RTC 2022/32).

55. STC 32/2022, de 7 de marzo de 2022 (RTC 2022/32).

Es así que, pese a la literalidad de la norma y la *voluntas legislatoris*, se antoja que la excepción se ha de convertir en regla y la decisión sobre la suspensión quedará en la mayoría de las ocasiones avocada a la fase de ejecución de sentencia, ante la falta de constancia de los presupuestos precisos y de los medios de prueba al respecto para poder decidir en la sentencia. Esta posposición del momento decisorio a la fase de ejecución de sentencia se acentúa, más si cabe, en los supuestos de suspensión del art. 80.5 CP, en virtud de los propios presupuestos y requisitos inherentes a dicha modalidad, que hacen muy difícil que se pueda disponer de los medios de acreditación que exige dicho precepto.

De hecho, esta situación es asumida con normalidad por el propio TS, que viene a señalar que tras la reforma operada en el CP por la LO 1/2015, el art. 82 CP prevé la posibilidad de que, cuando sea posible, la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena se adopte en sentencia, si bien señala que este tipo de pronunciamientos, en la mayoría de las ocasiones, dada la necesidad de que consten en autos los presupuestos exigidos por el art. 80 CP, se adoptará en auto motivado dictado en ejecución de sentencia, previa audiencia de las partes⁵⁶. Es más, como refiere la STS 480/2018, de 18 de octubre, dado que del art. 82 CP se desprende que la decisión sobre la suspensión se puede adoptar bien en la propia sentencia de condena o bien en resolución aparte, las partes pueden interesar que dicha decisión no se adopte en la sentencia, sino que se posponga para la fase de ejecución, en supuestos en concurre una falta de elementos necesarios para resolver en ese momento procesal.

En tal sentido, la necesidad de audiencia no se predica sólo del condenado, sino de las demás partes, pues concurren al proceso en condición de igualdad, debiendo incluirse al Ministerio Fiscal, toda vez que su labor de defensa de los derechos de la sociedad requiere el reconocimiento de las mismas facultades procesales que las demás partes⁵⁷; así, el Fiscal deba poder ser oído respecto de la suspensión de la pena de prisión⁵⁸.

En lo que respecta a la víctima, también debe tenerse en cuenta el art. 13.2.b) Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que le permite facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado.

56. Así se refiere en el ATS de 23 de julio de 2020 (JUR 2020/282495), o en el ATS de 16 de enero de 2020 (JUR 2020/50172).

57. STS de 5 de junio de 2006.

58. STC 294/2004, de 20 de diciembre (RTC 2004/284); STS de 18 de octubre de 2018 (RJ 2018/4608).

5. Impugnación de la decisión

Adoptada la decisión sobre la suspensión de la pena, será de aplicación el régimen de recursos que corresponda de acuerdo con las normas generales a la vista tanto del órgano judicial que la acuerda, como de la forma de la resolución, sentencia o auto, en la que se plasme.

Así, en la mayoría de las ocasiones, la decisión sobre la suspensión de la ejecución de las penas en la instancia va a corresponder al Juzgado de lo Penal o a la AP. En el primer caso, si la cuestión se resuelve en sentencia será procedente el recurso de apelación y si es por auto, procederá interponer recurso de reforma a resolver por el propio Juzgado y recurso de apelación frente al auto decisorio de la reforma. En el supuesto de que la decisión sea competencia de la AP, si la decisión sobre la suspensión se contiene en la sentencia, en principio, el pronunciamiento pudiera ser susceptible de ser recurrido en apelación ante el TSJ, mientras que, si la cuestión se decide por auto, éste sería susceptible de recurso de súplica.

Finalmente, procede referirse a la posibilidad de que la decisión sobre la suspensión de la ejecución pudiera llegar a ser recurrida en casación ante el TS⁵⁹. Con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015 era una cuestión pacífica que los autos que resuelven sobre la suspensión no tienen acceso a casación; en tal sentido, sobre la irrecurribilidad en casación bajo el anterior régimen legal se había pronunciado reiteradamente la jurisprudencia⁶⁰. No obstante, al permitir el nuevo art. 82 CP que la decisión sobre suspensión sea adoptada en sentencia, ello pudiera abrir la vía de acceso al recurso de casación. Pues bien, el TS ha mantenido el criterio anterior, impidiendo el acceso al recurso de casación de las sentencias sobre la suspensión de la ejecución⁶¹, advirtiendo expresamente que, pese a que tras la reforma operada en el CP por la LO 1/2015, se permite que la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena se adopte en sentencia, dicha previsión no altera la jurisprudencia anterior, pues supone una modificación sistemática por razones de economía procesal que no debe afectar a la irrecurribilidad en casación de este tipo de pronunciamientos; señala, además, que, los aspectos discrecionales de ese tipo de decisiones no son aptos para ser revisados a través de un recurso extraordinario como el de casación, que solo puede ampararse en los motivos tasados en la ley.

59. Vid. FARTO PIAY, T., «Comentarios al Capítulo III del Título III del Código Penal «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional» (los artículos 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 92, 94, 94 bis del Código Penal)», en *Código Penal comentado. Actualizado hasta las reformas de la LO de garantías de la libertad sexual y LO en materia de imprudencia en la conducción*, A. Roma Valdés (dir.), 2ª Edición, Wolters Kluwer España, Madrid 2022, p. 185.

60. Vid. entre muchas, la STS de 20 de febrero de 2006, o la STC 110/2003, de 16 de junio de 2003 (RTC 2003/110).

61. ATS de 23 de julio de 2020 (JUR 2020/282495) o de 16 de enero de 2020 (JUR 2020/50172).

6. Suspensión de la pena con imposición de otras obligaciones

En la actual redacción del CP no se regula la sustitución de la pena de forma autónoma, sino que se permite que la suspensión se condicione al cumplimiento de determinadas obligaciones o prohibiciones; esto es, no se trata, sin más, de suspender el cumplimiento de la pena privativa de libertad al reo sin otro deber que el de no delinquir, sino que a cambio de no ingresar en prisión, el juez puede imponer al condenado los deberes y obligaciones previstos en el art. 83 CP o el cumplimiento de ciertas prestaciones o medidas (art. 84 CP)⁶². En su caso, el incumplimiento grave y reiterado de tales condiciones puede dar lugar a la revocación de la suspensión acordada ex art. 86 CP⁶³.

Asimismo, cabe resaltar que, a diferencia del régimen anterior en que la sustitución quedaba limitada a las penas de prisión, en el sistema actual no existe tal limitación de suerte que, además de la pena de prisión, serán susceptibles de suspensión condicionada el resto de las penas privativas de libertad, esto es, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa⁶⁴.

6.1. Prohibiciones, deberes u obligaciones del art. 83 CP

De acuerdo con el apartado 1 del art. 83 CP, la suspensión de la pena se condicionará a la imposición de determinadas prohibiciones y deberes cuando resul-

62. En el Apartado IV del Preámbulo de la LO 1/2015 se advierte que el tradicional régimen de sustitución de la pena pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el juez o tribunal pueden acordar la imposición (como sustitutivo) de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, la conversión no se produce de forma automática, sino que se ofrece a jueces o tribunales la posibilidad de moderar su importe dentro de ciertos límites. Asimismo, se introduce como posible condición de la suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación, en los casos en que legalmente sea posible. El sistema también resulta más ágil en el supuesto de impago de la multa sustitutiva impuesta y, al igual que en el supuesto anterior, será la ocultación de bienes o la falta de aportación de información veraz por el penado lo que determinará la revocación de la suspensión.

63. Este condicionamiento de la suspensión de la pena al cumplimiento de deberes u obligaciones guarda cierta semejanza con el sistema de la *probation*, que en el modelo anglosajón determina que la declaración de culpabilidad no conlleve la imposición de la pena al estar obligado el condenado al cumplimiento de deberes u obligaciones supervisadas. Ahora bien, ALASTUEY DOBÓ («La suspensión de la ejecución...», ob. cit., p. 1238) advierte que en nuestra regulación de la suspensión de la ejecución los elementos de *probation* se encuentran representados por la posibilidad de imponer las reglas de conducta del art. 83 CP para que se cumplan durante el periodo de prueba cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos. Su presencia resulta, no obstante, muy tímida, dado que no contamos con la figura del asistente en periodo de prueba (*probation officer*), que sí contempla la homóloga institución de la regulación alemana (*Bewährungshelfer*); AYALA GARCÍA y ECHANO BASALDUA («La suspensión de la pena...», ob. cit., p. 212) se refieren al sistema de la suspensión, pero con un incremento de elementos de la *probation*.

64. Vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Régimen general en materia de suspensión...», ob. cit., p. 208.

te necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, siempre que no resulten excesivos y desproporcionados⁶⁵.

Así, concurren dos requisitos para la imposición de prohibiciones y deberes. De un lado, su necesidad para evitar la reiteración delictiva del penado y, de otro, que los deberes u obligaciones a imponer no sean excesivos y desproporcionados, para lo cual deberá atenderse tanto al propio penado como al ilícito penal objeto de condena en relación con la naturaleza y finalidad de la obligación a imponer⁶⁶, también a la propia modalidad de suspensión en cuestión.

Las concretas prohibiciones y deberes u obligaciones se enumeran en el art. 83.1 CP y son las siguientes: 1.^a Prohibición de aproximarse a la víctima o sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con ellos por cualquier medio, prohibición que será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada; 2.^a Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a ello. Para esta prohibición, a nuestro juicio, resulta preciso la concreción de las personas afectas a la misma⁶⁷; 3.^a Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización judicial; 4.^a Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos; 5.^a Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas; 6.^a Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, resolución pacífica de conflictos, parentalidad positiva y otros similares; 7.^a Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos; 8.^a Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la com-

65. VILLACAMPA ESTIARTE («Las alternativas a la prisión...», ob. cit., p.189) se refiere a que la imposición de tales prohibiciones y deberes sea instrumental a evitar la comisión de nuevos delitos, sujetando su acuerdo a la regla de la proporcionalidad.

66. ALASTUEY DOBÓ («La suspensión de la ejecución...», ob. cit., pp. 1238-1239) considera que la previsión de cumplimiento de reglas de conducta durante el plazo de suspensión permite añadir a la fundamentación negativa de la institución, basada en la evitación de la desocialización, otra positiva sustentada en posibilitar la resocialización del penado en libertad.

67. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Régimen general en materia de suspensión...», ob. cit., p. 209.

probación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la comisión de nuevos delitos.

Termina el precepto con una cláusula abierta que permite la imposición por la autoridad judicial de otros deberes que se estimen «convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona» y que sean aceptados por el penado.

Las prohibiciones y deberes previstos en el art. 83.1 CP se diferencia entre aquellas que tienden más directamente a evitar la comisión de nuevos ilícitos penales, sin obviar su vertiente de protección de la víctima, como son las previstas en los números 1º, 2º, 3º, 4º y 8º; y, aquellas otras que presentan un componente resocializador e inciden en tal finalidad, que serían las contenidas en los números 5º, 6º y 7º⁶⁸.

La imposición de estas obligaciones o prohibiciones es discrecional para el órgano judicial, salvo en el supuesto de violencia de género, que es imperativa para el juez; así, en el caso de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones de aproximarse a la víctima y aquellas otras personas que determine el juez, de residir en un lugar determinado y el deber de participar en programas formativos de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares (art 83.2 CP).

En los apartados 3 y 4 del art. 83 CP se atribuye la competencia de control del cumplimiento de los deberes o prohibiciones impuestas al penado tanto a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria, quienes estarán obligados a informar de cualquier circunstancia que consideren relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión de nuevos delitos. Toda esta información será de gran relevancia a efectos de revocación de la suspensión de la pena por la autoridad judicial.

6.2. Prestaciones o medidas del art. 84 CP

Además de las condiciones expuestas en el apartado anterior, el juez o tribunal también podrá imponer al condenado alguna de las prestaciones o medidas

68. Vid. AYALA GARCÍA, J.M. y ECHANO BASALDUA, J.I., «La suspensión de la pena...», ob. cit., pp. 210-211.

previstas en el art. 84.1 CP: en concreto, 1.^a el cumplimiento del acuerdo de mediación alcanzado por las partes; 2.^a el pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias, sin que pueda ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración; 3.^a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. Su duración se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración⁶⁹.

En el supuesto concreto de condenas por delitos de violencia de género o doméstica, el art. 84.2 CP establece que el pago de la multa solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común, previsión que pretende evitar que se irroguen perjuicios económicos a la pareja o descendientes del condenado que dependan o sean perceptores de alguna pensión de éste.

Cumple señalar que, pese a la denominación legal de prestaciones o medidas, tanto el pago de la multa —art. 84.1. 2.^a CP— como la realización de trabajos en beneficio de la comunidad —art. 84.1. 3.^a CP— son penas⁷⁰, lo que evidencia que esta modalidad de suspensión condicionada al cumplimiento de estas penas en realidad supone una sustitución de la pena⁷¹.

Su imposición es discrecional para la autoridad judicial que debería decidir su procedencia siempre que considere adecuada la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, pero entienda necesaria una de estas medidas para evitar un menoscabo relevante de la reafirmación del ordenamiento jurídico y la prevención general. Desde esta perspectiva, dichas prestaciones están llamadas a asumir parte de las funciones atribuidas a la ejecución de la pena de prisión⁷².

69. Vid. SAP Barcelona, de 18 de marzo de 2024 (JUR 2024/168860).

70. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Las alternativas a la prisión...», ob. cit., p. 195. En sentido contrario, no las consideran penas en sentido técnico, ALASTUEY DOBÓ, C., «La suspensión de la ejecución...», ob. cit., p. 1292.; AYALA GARCÍA, J.M., y ECHANO BASALDUA, J.L., «La suspensión de la pena...», ob. cit., pp. 213-214).

71. Vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, «Régimen general en materia de suspensión...», ob. cit., pp. 211-212; PERIS RIERA, Jaime Miguel, «El nuevo modelo omnicompreensivo de suspensión...», ob. cit., p. 185.

72. ALASTUEY DOBÓ, C., «La suspensión de la ejecución...», ob. cit., p. 1240.

Respecto del cumplimiento del acuerdo de mediación, art. 84.4.1ª CP, se trata de una previsión novedosa que introduce la figura de la mediación en el instituto de la suspensión de la ejecución de la pena. Resulta evidente que el cumplimiento de esta medida exige que con anterioridad las partes, penado y víctima, hayan alcanzado voluntariamente un acuerdo en el que se habrán tenido en cuenta las necesidades e intereses de la víctima y también la responsabilización del victimario y su esfuerzo reparatorio; de ahí que tenga mucho sentido que se condicione la suspensión de la pena al cumplimiento del acuerdo⁷³.

6.3. Alzamiento, modificación o sustitución

En último término, en el art. 85 CP permite que durante el tiempo de suspensión de la pena y atendida la posible modificación de las circunstancias valoradas, el juez o tribunal pueda modificar la decisión adoptada conforme a los arts. 83 y 84 CP y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones establecidas, o bien su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas⁷⁴.

Esta facultad viene a ratificar el carácter discrecional y flexible que preside la suspensión de la ejecución de las penas, así como su naturaleza dinámica, si bien con la previsión de que debe obedecer a la posible modificación de las circunstancias inicialmente consideradas, lo que hace exigible la valoración de la alteración producida así como la debida motivación de una decisión que viene a suponer la modificación de una decisión previa; además, la vigencia del principio de contradicción exigirá dar audiencia a las partes para presentar las alegaciones que estimen convenientes y, en su caso, proponer o aportar prueba.

7. Revocación de la suspensión y ejecución de la pena

Una vez acordada la suspensión de la ejecución de la pena, esta decisión no deviene inalterable toda vez que, además de la posibilidad prevista en el art. 85 CP de proceder al alzamiento, modificación o sustitución de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones establecidas, el art. 86.1 CP señala que al juez o tribunal «revocará» la suspensión y ordenará la ejecución de la pena en los supuestos que el propio precepto enumera.

73. AYALA GARCÍA y ECHANO BASALDUA («La suspensión de la pena...», ob. cit., p. 215), como el proceso de mediación y el acuerdo a que se llegue deben ser asumidos voluntariamente, ello tiene un significado de comportamiento postdelictivo positivo relevante desde la perspectiva de la prevención especial.

74. Tal como señala VILLACAMPA ESTIARTE («Las alternativas a la prisión...», ob. cit., p. 190), el tenor literal de la norma excluye la posibilidad de reforma en perjuicio del penado, o *reformatio in peius*.

Del tenor literal del citado precepto que utiliza la expresión «el juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena» parece desprenderse que, de concurrir los supuestos legales, la autoridad judicial debe proceder, en todo caso, a la revocación de la suspensión; sin embargo, la propia configuración de los supuestos contenidos en el art. 86.1 CP permite efectuar una aplicación flexible de la revocación, eludiendo así su rigorismo. En este sentido se pronuncia la STC 32/2022, de 7 de marzo, cuando señala que «en general, las causas de revocación del art. 86.1 CP dibujan un espacio flexible para el juez o tribunal lejos de antiguos automatismos que impidan valorar la pervivencia de las razones de prevención especial que motivaron la suspensión inicial»⁷⁵.

En concreto, los supuestos que, de acuerdo con el art. 86 CP, pueden dar lugar a la revocación de la suspensión son los siguientes:

En primer lugar, la condena por un delito cometido durante el período de suspensión, siempre que se ponga de manifiesto que «la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida» (art. 86.1 a) CP); es decir, no en todo caso la reiteración delictiva lleva a la revocación de la suspensión, sino solamente cuando se considere por el juez que la comisión de ese nuevo delito no entorpece el proceso de resocialización y reinserción del penado. En coherencia con ello, el AAP de Madrid, de 4 de mayo de 2017, valora que a pesar de haberse cometido un delito en el período de suspensión, dada la escasa entidad del mismo y teniendo en cuenta circunstancias personales de la penada, tanto en el ámbito familiar como laboral, se entiende que «la revocación de la suspensión de la ejecución perjudicaría su definitiva rehabilitación y reinserción social, que parece asegurada por la estabilidad personal y laboral evidenciada por la documentación adjunta»⁷⁶.

No obstante, el AAP de Santa Cruz de Tenerife de 16 agosto de 2023 señala que «por delito a los efectos de revocación cabe comprender no solo los delitos graves o menos graves sino los leves. En otro caso —principio de racionalidad

75. STC 32/2022, de 7 de marzo (RTC 2022/32). Una muestra de la falta de automaticidad de la revocación de la suspensión se contiene en el AAP de Tarragona, de 15 diciembre de 2023 (JUR 2024/78535).

76. AAP de Madrid, de 4 de mayo de 2017 (JUR 2017/166567). En relación al modo de acceder a esta información por parte del tribunal, se recoge en el auto mencionado que «el escrito de apelación hace referencia a una serie de circunstancias familiares y personales documentadas en el recurso de reforma como son la inscripción del penado como pareja de hecho de otra persona (doc.1), la convivencia con los hijos de su pareja (doc. 2 y 3), el contrato de arrendamiento de vivienda que constituye el domicilio familiar (doc. 4 y 5), el contrato de trabajo inicial del apelante y la subrogación en el contrato de otra empresa (documentos 5 y 6) y últimas nóminas percibidas (doc. 8 a 10); dicha documental se presentó supuestamente con la reforma pero no aparece en el testimonio pese a que la parte solicitó testimonio de todo lo actuado, sin que tengamos duda de su existencia dado que no consta en autos ninguna mención a lo que sería una llamativa falta de presentación de documentos que habría de haberse puesto de manifiesto por diligencia o al menos en la providencia de admisión a trámite del recurso».

del legislador— el legislador claramente habría dispuesto, como en el caso del artículo 80.2.1^a del CP, que no se tuviera en cuenta las condenas por delitos leves, pero al contrario el artículo 86 del CP establece que la suspensión se revocará cuando sea condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión, sin excepción por su gravedad, y sin expresar que deban excluirse unos u otros delitos por su carácter de menos grave o leve o de diferente naturaleza al delito por el que se ha otorgado la suspensión sino que lo esencial será la comisión de ese delito»⁷⁷.

Un elemento a tener en cuenta a la hora de revocar la suspensión de la pena es la homogeneidad de los delitos cometidos, el que ha dado lugar a la sentencia condenatoria ahora suspendida y el cometido durante el tiempo de suspensión. En este sentido, el AAP de A Coruña, de 15 de febrero de 2017, señala respecto de la falta de homogeneidad entre los dos delitos que «La condena producida durante la vigencia del período de suspensión de la ejecución es por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Los delitos no son homogéneos, su ejecución difiere en el tiempo y el espacio, los bienes jurídicos no se asemejan ni de lejos, la pena del posterior es obviamente inferior a la del ilícito de violencia de género, no constan más antecedentes de Donato, y, en definitiva, se evidencia cualquier cosa menos un pronóstico desfavorable de reinserción o resocialización, o, con otras palabras, no está de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. No hay necesidad de pena y los fines de la privativa de libertad en el supuesto que nos ocupa han sido agotados»⁷⁸.

Por lo tanto, la aplicación de la necesaria homogeneidad se interpretará de distinto modo en cuanto el delito cometido en segundo lugar tenga carácter más grave⁷⁹, o cuando exista o no el carácter de reo habitual que deriva del contenido del art. 94 CP.

77. AAP de Santa Cruz de Tenerife, de 16 agosto de 2023 (JUR 2023/434049). En el mismo sentido, AAP de Barcelona, de 21 de junio de 2021 (JUR 2021/309648).

78. AAP de A Coruña, de 15 de febrero de 2017 (JUR 2017/67491).

Al respecto, el AAP Pontevedra, de 29 de junio de 2022 (JUR 2023/117614), indica que «No es necesario que los nuevos delitos cometidos tengan que ser de la misma naturaleza que el que motivó la suspensión de la ejecución. Lo necesario es que la expectativa en la que ésta se basó ya no pueda ser cumplida y en el presente caso coincidimos con que esa expectativa quedó frustrada y ya no puede ser cumplida porque el Sr. Pedro Francisco cometió hasta tres delitos durante el periodo de suspensión, lo que evidencia su peligrosidad criminal y mal aprovechamiento de la oportunidad que le había sido conferida y confiada, sin que reste relevancia alguna el que fueran cometidos en la misma ocasión y enjuiciados en el mismo procedimiento».

79. Vid. AAP de Madrid, de 20 abril de 2021 (JUR 2021/201397)

El AAP de Barcelona, de 3 de abril de 2017 (JUR 2017/154715) alude a la «procedencia de la revocación al cometerse un nuevo delito cuando ni quiera se alcanza la mitad del periodo de suspensión y tratándose de un nuevo delito más grave: violencia de género». En sentido similar, AAP de Madrid, de 30 de junio de 2017 (JUR 2017/218244).

Así, el ya mencionado AAP de A Coruña, de 15 de febrero de 2017, señala que «aun cuando el penado sea reincidente en dicha tipología delictiva no alcanza la habitualidad, ya que conforme al art. 94 del Código Penal es necesaria la comisión de tres o más delitos del mismo capítulo del Código Penal en un período de cinco años, que lógicamente ha de computarse partiendo de la fecha actual de la decisión hacia atrás, de ahí que ha entrado a valorar la juzgadora a tenor del art. 80.3 las circunstancias personales del penado, y teniendo en cuenta estas y que no se la condenó a responsabilidad civil, se entiende la decisión discrecional de la juez *a quo* de querer dar una última oportunidad al referido penado de demostrar su efectiva reinserción, que esta Sala considera debe mantenerse»⁸⁰.

En el art. 86.1.a) CP guarda silencio sobre algunas cuestiones que tienen gran relevancia práctica, generando dudas de interpretación y aplicación. De un lado, se plantea si se requiere que la sentencia condenatoria por el nuevo delito haya adquirido firmeza⁸¹; aunque nada diga al respecto el citado precepto, debe entenderse necesario que la sentencia sea firme para que el juez pueda plantearse la revocación, pues, de otra forma, se estaría sancionando al condenado, pese a la vigencia del principio de presunción de inocencia⁸².

De otro lado, es controvertido también el momento del dictado de la sentencia, concretamente si debe ser dentro o no del período de suspensión a efectos de la revocación. Pues bien, a nuestro juicio, para que pueda ser considerada a los citados efectos la sentencia condenatoria deberá ser dictada, y adquirir firmeza, dentro del plazo de suspensión establecido⁸³. Como señala el AAP de Barcelona, de 28 de febrero de 2024 «No se valorará, a estos efectos de revocación, las sentencias firmes recaídas con posterioridad al vencimiento del plazo de garantía, y ello aun cuando no se haya dictado todavía auto de remisión definitiva de la pena tras la finalización del plazo de garantía. Desde luego, no cabe la revocación del auto de remisión definitiva ante noticias posteriores de delito cometido en el plazo de garantía. Y es que solo cabe revocar lo que está suspendido no lo que ha estado suspendido. Además, el hecho de que el juzgado no resolviera cuando debió hacerlo, a la finalización del plazo de garantía como máximo, no puede perjudicar al penado». Añade, además, con muy

80. AAP de A Coruña, de 15 de febrero de 2017 (JUR 2017/67491).

81. Respecto de esta cuestión FERNÁNDEZ PANTOJA («Régimen general en materia de suspensión...», ob. cit., p. 215) mantiene sus reservas puesto que «absolutamente todo —incluido el cumplimiento del fin preventivo especial del beneficio— queda a merced o a la suerte del funcionamiento (rápido o lento) del sistema judicial».

82. En este sentido, vid. AAP Pontevedra, de 29 de junio de 2022 (JUR 2023/117614); también requiere la firmeza el AAP Salamanca, de 30 de mayo de 2022 (JUR 2023/97522).

83. En este sentido, CASTELLÓ NICÁS, N., «La suspensión de la ejecución de la pena», ob. cit., p. 245.

buen criterio, que esta interpretación «resulta demás más compatible con los principios de interpretación restrictiva en materias perjudiciales al penado (STS de 22.11.96, que consagra el principio «in dubio pro libertate») así como el de seguridad jurídica, esencial en este ámbito de la ejecución de una pena privativa de libertad»⁸⁴.

En segundo lugar, también dará lugar a la revocación de la suspensión el incumplimiento de forma grave o reiterada de las prohibiciones, deberes o condiciones que le hubieran sido impuestos conforme a los arts. 83 y 84 CP, respectivamente (art. 86.1 b) y c) CP).

Ahora bien, si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá o bien imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas; o prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado (art. 86.2 CP).

Es así que la consideración de grave o reiterado del incumplimiento y sus consecuencias, sea la revocación, la imposición o modificación de las medidas o la prórroga del plazo, queda a discreción del órgano judicial que deberá ponderar las circunstancias que han ocasionado el incumplimiento⁸⁵.

84. AAP Barcelona, de 28 de febrero de 2024 (JUR 2024/187806). Igualmente, AAP Tarragona, de 30 de junio de 2023 (JUR 2023/427694).

En sentido contrario, el AAN, de 17 de julio de 2024 (JUR 2024/231785) afirma que «la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena procederá cuando se haya cometido un delito durante el período de suspensión. En modo alguno establece que la condena recaiga durante el período de suspensión, sino únicamente que efectivamente el delito sea cometido dentro de ese período, aunque la sentencia condenatoria sea dictada con posterioridad». El mismo criterio se sostiene: AAP Murcia, de 3 de junio de 2024 (JUR 2024/269101); AAP Sevilla, de 24 de mayo de 2024 (JUR 2024/238984); AAP Ourense, de 26 de enero de 2024 (JUR 2024/157086); AAP La Rioja, 143/2022, de 29 de abril de 2022 (JUR 2023/96521).

Por su parte el AAP Pontevedra, de 29 de junio de 2022 (JUR 2023/117614), partiendo de la existencia de las diversas interpretaciones aboga como «criterio más razonable el de que no hace falta que la sentencia condenatoria firme haya sido dictada dentro del período de prueba, pero la revocación no podrá efectuarse si ha mediado un auto de remisión definitiva que ha adquirido firmeza».

85. La ponderación de las circunstancias que han ocasionado el incumplimiento y su reiteración o gravedad se refleja en la jurisprudencia. Al respecto, el AAP de Badajoz, de 27 de septiembre de 2017 (JUR 2017/260177) apunta que «sucesivos e infructuosos intentos para localizar al penado a fin de notificarle la resolución por la que se acordaba la suspensión... supondrán un incumplimiento de la obligación de estar a disposición del Tribunal por el recurrente». En sentido similar, AAP de Badajoz, de 23 de enero de 2017 (JUR 2017/66124) y de Madrid, de 19 de abril de 2017 (JUR 2017/150310).

Por su parte, el AAP de Madrid, de 10 de enero de 2024 (JUR 2024/100377) revoca la suspensión por un incumplimiento, de forma grave y reiterada, de la obligación de desarrollar y participar en el programa formativo y de igualdad de trato y de no discriminación, a pesar de las distintas oportunidades concedidas, y sin perjuicio de los oportunos apercibimientos realizados al efecto; además, no ha demostrado «una mínima voluntad de reinserción ni de reeducación».

Asimismo, procede reseñar que el incumplimiento de los deberes o prohibiciones o condiciones impuestos para la suspensión de la ejecución de la pena no integra un comportamiento delictivo, como pudiera ser un delito de desobediencia o de quebrantamiento de condena, sino que sus efectos quedan limitados a la revocación o, en su caso, a su modificación o una eventual prórroga⁸⁶.

Además del incumplimiento de las medidas previstas en los arts. 83 y 84 CP que hubiesen podido imponerse, la última causa de revocación el art. 86.1.d) CP se refiere a facilitar información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos a decomisados o sobre su patrimonio, no dar cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles objeto de condena, esto último a excepción de que el penado carezca de capacidad económica para el abono. En relación con el citado impago, lo cierto es que la revocación no es automática, pues no se produce cuando se debe a la falta de capacidad económica, sin que se pueda interpretar que la revocación es consecuencia necesaria del incumplimiento, sino que se anuda en el art. 86.1.d) CP a que sea injustificado en tanto se disponga de capacidad económica; esto es, la revocación no puede condicionarse al pago de la responsabilidad civil si es imposible ese pago⁸⁷.

Una vez revocada la suspensión de la ejecución de la pena, el art. 86.3 CP dispone que los gastos en que hubiese incurrido el penado para reparar el daño causado por el delito en virtud del acuerdo de mediación del art. 84.1.1ª CP no le serán restituidos. Por el contrario, el juez o tribunal abonará a la pena por cumplir los pagos de la multa o la prestación de trabajos en beneficio de la comunidad que hubieran sido realizados conforme a las medidas del art. 84.1.2ª y 3ª.

La última disposición sobre la revocación de la suspensión se contiene en el art. 86.4 CP. El citado precepto establece la obligación de resolver sobre la revocación, en todos los casos anteriores, después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. A tal fin, se prevé que el juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias, y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver sobre la revocación.

La necesidad de audiencia previa, así como la realización de diligencias de comprobación e, incluso, la celebración de una vista oral, es garantía de un examen adecuado de la legalidad de la actuación y que la causa de la revoca-

86. Vid. ABEL SOUTO, M, *La suspensión...*, ob. cit., págs. 145-146; FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Régimen general en materia de suspensión...», ob. cit., p. 216.

87. STC 32/2022, de 7 de marzo (RTC 2002/32). En este sentido, AAP de León 791/2023 de 9 octubre de 2023 (JUR 2024/28685).

ción, el incumplimiento injustificado de la responsabilidad civil, deriva de sus circunstancias personales, lo que exige la intervención del penado para alegar al respecto y que se pueda debatir sobre los motivos de la falta de abono, so pena de generar indefensión y vulnerar las garantías del procedimiento adecuado, que no se ve reparada por el planteamiento de los recursos de reforma y apelación, más atendida la trascendencia de la decisión desde la perspectiva del art. 17 CE y para evitar consecuencias desproporcionadas⁸⁸.

No obstante lo anterior, el art. 86.4 CP dispone que se podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima⁸⁹. En cualquier caso, entendemos que esa revocación, «urgente» o *inaudita parte*, con el consiguiente ingreso en prisión, debe ser de aplicación restrictiva y ponderada, y aunque el precepto no lo señale expresamente debe ser exigible que exista un trámite de audiencia *ex post* a fin de revisar la decisión con audiencia, y posibilidad de contradicción, de las partes.

En cualquier caso, la decisión sobre la revocación de la pena queda sujeta a las mismas exigencias de motivación reforzada que la decisión por la que se acuerda la suspensión; en este sentido se pronuncia el TC en su sentencia 32/2022, de 7 de marzo, cuando afirma expresamente que «la doctrina anterior sobre motivación reforzada no alude de forma expresa a la revocación de la suspensión prevista en el actual art. 86 CP, pero sin duda es extrapolable a ella, en tanto esa institución se integra en el diseño legal de la institución (Sección 1.^a «De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad» del Capítulo III «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional») como elemento estructural de esa forma sustitutiva y la decisión al respecto afecta a la libertad personal del sujeto, pues determina el modo de cumplimiento hasta el punto de determinar el ingreso en prisión»⁹⁰. Por tanto, las decisiones judiciales que revocan la suspensión han de observar la exigencia constitucional de motivación que, conforme a los arts. 24.1 y 17 CE, en estos supuestos exige atender a la capacidad económica

88. En tal sentido, STC 32/2022, de 7 de marzo (RTC 2002/32).

89. La previsión del art. 86.4 CP guarda cierto paralelismo con algunos de los presupuestos establecidos por el art. 503 LECrim para decretar la prisión provisional, en concreto los fines previstos en el apartado 1, ordinal 3º a) asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; y c) evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima; así como en el art. 503.2 LECrim al disponer que también podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.

90. STC 32/2022 de 7 de marzo (RTC 2002/32); en el mismo sentido, SSTC 39/2024, de 11 de marzo (RTC 2024/39) y 70/2024, de 6 de mayo (RTC 2024/70).

del sujeto, ponderando los bienes y derechos en conflicto, sin obviar los fines constitucionalmente fijados de las penas privativas de libertad y la orientación a la reeducación y reinserción social inherente a la figura de la suspensión como alternativa a los efectos contrarios de las penas privativas de libertad corta y de modo particular, en los supuestos de la modalidad de suspensión del art. 80.5 CP, atender a las específicas circunstancias y fundamentos que la presiden.

Asimismo, es preciso señalar que la decisión judicial sobre la revocación de la suspensión es susceptible de ser recurrida al igual que la resolución que acordaba la primigenia suspensión.

8. Remisión de la pena

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 87.1 CP, una vez transcurrido el plazo de suspensión sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena.

En realidad, la exigencia de que el transcurso del plazo de suspensión fijado para alcanzar la remisión de la pena deba producirse sin la comisión de ningún delito que hubiese quebrado la expectativa a que obedecía la suspensión, así como, en su caso, con el cumplimiento de las condiciones impuestas ex arts. 83 y 84 CP, vienen a introducir unas previsiones, en cierto modo, superfluas, toda vez que ambas situaciones se erigen en causas de revocación de la suspensión según el art. 86.1 CP.

En cuanto al transcurso del plazo de suspensión en orden a tener por remitida la pena impuesta, más en concreto en relación con el *dies a quo* de su cómputo, conviene hacer unas precisiones de relevancia. En tal sentido, si la decisión de suspender la ejecución de la pena se adopta en sentencia, el art. 82.2 CP dispone expresamente que el plazo de suspensión se computará desde la fecha de su firmeza, por lo que este supuesto no plantea controversia para considerar remitida la pena al pasar el plazo fijado, pese a que la sentencia pueda ser objeto de impugnación. La problemática se suscita cuando la decisión adopta la forma de auto, en cuyo caso, ex art. 82.2 CP, el plazo de suspensión se inicia desde la fecha de la resolución, con independencia de que dicho auto sea objeto de recurso por parte del MF o alguna de las acusaciones; de este modo, para el caso de que entre la fecha del auto dictado en la instancia y la fecha de la resolución que se dicte en sede de recurso transcurre el plazo de suspensión,

operará la remisión de la pena, aun cuando la última resolución recaída fuese revocatoria de la suspensión inicialmente acordada.

En este sentido, la STC 251/2005, de 10 de octubre, expone que el lapso de tiempo transcurrido desde el dictado del auto por el que se había concedido el beneficio de la suspensión condicional hasta que se produjo la revocación del mismo, máxime a la vista de que el Juzgado no acordó la concesión de un efecto suspensivo a su decisión de admitir a trámite el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de concesión, ha de concluirse necesariamente que la única condición impuesta a la suspensión de la pena había quedado cumplida y que, por ello mismo, también había de entenderse cumplida la pena de un año de prisión impuesta. Y en este sentido señala el TC que no cabe confundir «lo que en realidad son dos cosas diferentes: de una parte, la firmeza de la decisión relativa a la suspensión de la ejecución de la condena, firmeza que efectivamente no cabía estimar en este caso al haberse presentado contra la misma un recurso de apelación; y, de otra parte, el inicio del periodo de disfrute de dicho beneficio que ya había tenido lugar a partir del mismo momento en el que fue acordado, toda vez que el mencionado recurso de apelación carecía declaradamente de efectos suspensivos». Asimismo, señala que carecería de sentido dilatar sine die dicho inicio a la espera de la resolución de eventuales recursos contra tal decisión por dos principales razones: en primer lugar, porque supondría añadir a los años de «prueba» preestablecidos el periodo adicional que medió entre la conclusión de dicho plazo y la tardía resolución del recurso de apelación presentado contra el Auto de concesión de la suspensión, con la consecuencia de que durante todo ese tiempo se estaría requiriendo del penado que no volviera a delinquir, toda vez que de lo contrario la remisión condicional de su condena sería; en segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, porque con ello se ocasionaría inseguridad jurídica al penado dado que no podría saber en qué momento exacto debía situar los dos años de prueba establecidos como condición para la remisión de la condena, pues para ello tendría que esperar a la resolución de los recursos presentados contra la decisión concesiva de tal beneficio aun cuando la misma se dilatara varios años⁹¹.

No obstante, ciertamente en caso de acordarse la suspensión, le resultaría más favorable al penado que se decidiese en sentencia pues así alcanzaría los plazos de remisión con anterioridad, ya que el auto decisorio va a ser, necesariamente, de fecha posterior, aunque lo cierto es que en la práctica las suspensiones acordadas en sentencia se corresponden mayoritariamente con supuestos de conformidad. En todo caso, *de lege ferenda* abogamos porque se previese

91. STC 251/2005, de 10 de octubre (RTC 2005/251).

expresamente que la decisión por auto surtiese sus efectos desde la firmeza de la sentencia previa, para evitar esta disfunción.

En cuanto a los efectos automáticos del mero transcurso de los plazos para que opere la remisión, es una cuestión resuelta por la STS de 26 de mayo de 2020, al afirmar que el art. 82 CP dispone que el plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda, y que del art. 87 CP se desprende que «transcurrido el plazo sin cometer delito (con las precisiones que se añaden) y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas, el juez o tribunal acordará la remisión de la pena, sin que en el artículo señalado se exija para ello solicitud alguna por parte del interesado. Dicho de otra forma, desde la fecha en que haya transcurrido el plazo de suspensión en las condiciones antes dichas, es obligación del órgano jurisdiccional acordar la remisión definitiva de la pena, sin que del retraso puedan derivarse consecuencias negativas para el penado. Nada dice la ley acerca de la incidencia que pudiera tener en este cómputo el hecho de no haber notificado al penado el auto de suspensión. Es evidente que puede tenerla, si en el Auto se han fijado reglas de conducta», por lo que concluye el Alto Tribunal que «no existe, pues obstáculo alguno para realizar los cálculos pertinentes por el hecho de que no conste que se haya acordado la remisión definitiva, ya que ésta pudo y debió haber sido acordada, sin que de la omisión de su declaración deban desprenderse consecuencias negativas para la penada»⁹².

La remisión de la pena producirá como efecto la extinción de la responsabilidad criminal del sujeto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 130.1.3.º CP.

4. Bibliografía

- ABEL SOUTO, M., *La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ALASTUEY DOBÓ, C., «La suspensión de la ejecución de la pena de prisión con imposición de “prestaciones o medidas”», *Estudios Penales y Criminológicos*, nº. 41-2021, pp. 1225-1309.
- AYALA GARCÍA, J.M. y ECHANO BASALDUA, J.I., «La suspensión de la pena tras la LO 1/2015», en *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma de 2015*, J.M. Landa Gorostiza (dir.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 199-224.
- CASTELLÓ NICAS, N., «La suspensión de la ejecución de la pena en situaciones de drogadicción», en *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, en L. Morillas Cueva (dir.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 227-254.

92. STS de 26 de mayo de 2020 (RJ 2020/5112).

- FARTO PIAY, T., «Comentarios al Capítulo III del Título III del Código Penal «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional» (los artículos 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 92, 94, 94 bis del Código Penal)», en *Código Penal comentado. Actualizado hasta las reformas de la LO de garantías de la libertad sexual y LO en materia de imprudencia en la conducción*, A. Roma Valdés (dir.), 2ª Edición, Wolters Kluwer España, Madrid, 2022, pp. 174-205.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Régimen general en materia de suspensión de la ejecución de la pena: presupuestos y requisitos», en *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, L. Morillas Cueva (dir.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 193-226.
- PÉREZ RIVAS, N., «La suspensión de la ejecución de la pena a la luz de las nuevas tendencias político-criminales», en *Cuestiones actuales de política criminal*, F. Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 315-368.
- PERIS RIERA, J.M., «El nuevo modelo omnicompreensivo de suspensión de la ejecución de la pena», en *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, L. Morillas Cueva (dir.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 177-192.
- PILLADO GONZÁLEZ, E., «La nueva regulación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad desde una perspectiva de Justicia Terapéutica», en *Justicia restaurativa y terapéutica. Hacia modelos innovadores de justicia*, J.L. De la Cuesta y I. Subijan (dirs.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 226-238.
- PLASENCIA DOMINGUEZ, N., «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y la libertad condicional en el nuevo código penal», 2019, pp. 1-50 (<http://cej-mjusticia.es>, última consulta: 21/05/2024).
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., «Los modelos de inexecución condicionada de la pena de prisión», *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 15-2019, pp. 205-228.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Las alternativas a la prisión en la reforma de 2015», en *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma de 2015*, J.M. Landa Gorostiza (dir.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 171-198.

XVIII | Propuesta de *lege ferenda*: el punto neutro judicial

*Cristina Riba Trepatri*¹

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. EL PUNTO NEUTRO JUDICIAL 3. PROPUESTA NORMATIVA DEL ARTÍCULO 590 DE LA LEC. 4. BIBLIOGRAFIA

1. Introducción

Es motivo de profunda emoción escribir una nota que pueda mostrar el respeto académico y el mayor afecto que le tengo al Profesor Manuel Cachón Cadenas, a Manolo.

No ha sido nada fácil; explicar, narrar, exponer, describir o sencillamente contar una anécdota que permita atisbar lo que ha significado el profesor Cachón en mi carrera académica.

Sin embargo he encontrado un tema que hemos compartido, sobre el que hemos debatido y comentado largamente y que se ha ido transformando a lo largo de estas tres décadas. Este tema se entrelaza en nuestras vidas y va apareciendo y desapareciendo como si de un Guadiana procesal se tratara.

Se trata de un aspecto que podría parecer instrumental o menor en el marco de la ejecución forzosa pero que es crucial y necesario para que los actos ejecutivos concretos consigan el objetivo de la tutela efectiva del ejecutante como

1. Esta primera nota es de agradecimiento al Profesor Manuel Jesus Cachón Cadenas, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona desde 1993. Más de 30 años enseñando Derecho Procesal lo han convertido en un referente para los alumnos, discípulos y compañeros de esta Facultad. Sus enseñanzas perviven en sus manuales, monografías y artículos que son ya unos clásicos, y en sus centenares de casos prácticos que están publicados y son utilizados en clases y seminarios.

es la satisfacción de la cuantía por la que se ha despachado ejecución. Este tema es la averiguación de los derechos y activos del ejecutado en orden a poder ser embargados y si se trata de activos realizados o realizables la transferencia directa a la cuenta del ejecutante.²

El Profesor Cachón trata de la localización de bienes en 1991 en su monografía sobre el embargo³ y afirma que esta investigación del patrimonio del ejecutado puede efectuarse en el curso de un proceso o extraprocesalmente y consiste en un acto preparatorio del embargo.⁴

El 7 de enero del año 2000 se publicó la, entonces, nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con una *vacatio legis* de un año que permitió a muchos académicos y juristas publicar comentarios exegéticos que permitieron al operador jurídico transitar el camino de la aplicación de la nueva norma procesal reguladora del proceso civil con cierta seguridad.

En esa ocasión el Profesor Cachón participó en los comentarios de la editorial Lex Nova y entre ellos los dedicados a la ejecución forzosa y en concreto de los artículos 590 y 591 dedicados a la investigación judicial del patrimonio del ejecutado y al deber de colaborar de personas físicas y entidades públicas.⁵

La Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, la actualmente vigente, estableció por primera vez en la historia procesal un proceso de ejecución autónomo y diferenciado del proceso declarativo en el Libro tercero de la ley. Se trataba de una propuesta de *lege ferenda* que el Profesor Cachón ya hizo en el año 1991.⁶

En mi caso participé con el tema de los actos preparatorios del embargo en los Comentarios coordinados por el Profesor Alonso-Cuevillas⁷.

2. «La investigación judicial del patrimonio del ejecutado» es el trabajo de investigación que abordé por primera vez como ejercicio de titularidad un mes de julio del lejano 1998. Es momento de agradecer a título póstumo las observaciones y comentarios de Joan Iglesias Capellas.

3. CACHON CADENAS, J.M., *El embargo*, Librería Boch, Barcelona, 1991, pp.46-48.

4. En esos momentos la Ley de Enjuiciamiento Civil en vigor era la del 1881 y el artículo 1455 tercer párrafo establecía: «Si el ejecutado no designara bienes o derechos suficientes sobre los que hacer la traba, podrá el juez, a petición del ejecutante, dirigirse a toso tipo de registros públicos, organismos públicos y entidades financieras, a fin de que faciliten la relación de bienes o derechos del deudor de que tenfan constància».

5. CACHON CADENAS, J.M., «Artículo 590» en AAVV. *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.III, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp.2914-2918

6. CACHON CADENAS, J.M., *El embargo*, Librería Boch, Barcelona, 1991, pp.15.

7. RIBA TREPAT, C., «La preparación del embargo: la investigación judicial del patrimonio del ejecutado» en ALONSO CUEVILLAS SAYROL, J., (Coordinador) *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, VOL III, *Economist&Jurist*, 2000, Barcelona, pp.205-242.

En el ámbito docente a principios de los años 2000 conseguimos introducir una optativa de «Ejecución forzosa» en el plan de Estudios de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona: se trataba de un seminario de tres horas seguidas hablando de ejecución forzosa civil con una sesión teórica de dos horas o casi dos horas, un descanso de diez minutos y después los casos prácticos que los alumnos preparaban en casa y debatíamos en clase. Cuando Manolo propuso la asignatura yo pensé que no tendríamos alumnos pero en el caso de que algún despistado se hubiera matriculado a nuestra asignatura estaba casi segura que no aguantarían tres horas seguidas de ejecución. Cuál fue mi sorpresa que era una de las optativas con más matriculados y además la tasa de absentismo era prácticamente inexistente. La mayoría de casos prácticos que realizábamos en clase procedían de consultas y cuestiones que le habían planteado compañeros, abogados, procuradores y también jueces. Tenían la frescura de lo vivido y transmitido con pasión. Fue en esas sesiones con los alumnos en donde se plantearon aspectos relevantes de la averiguación patrimonial y de la ejecución forzosa en general.

El tema de la investigación del patrimonio del ejecutado lo volví a retomar como ponencia en el Congreso Internacional de Derecho Procesal «La ejecución civil: problemas actuales» que se celebró los días 12,13 y 14 de marzo de 2008 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona el legado de ese congreso fue una monografía con aportaciones de estudiosos de la ejecución forzosa de nuestro país y del extranjero.⁸

En el año 2014 el Profesor Cachón publicó su monografía la ejecución procesal civil en donde ya indicaba que el secretario judicial recababa información patrimonial del ejecutado mayormente a través del acceso directo al Punto Neutro Judicial.⁹

El Profesor Cachón ha avanzado de forma sustancial en el análisis de la institución al considerar que en la actualidad las tareas de investigación patrimonial forman parte de los actos preparatorios del embargo y los realiza básicamente el letrado de la administración de justicia o el funcionario autorizado por el letrado gracias al acceso al Punto Neutro Judicial.¹⁰

Ello hace imprescindible una nueva regulación en base a como se realiza en la práctica forense esta tarea de averiguación patrimonial.

8. CACHON CADENAS, J.M., PICO JUNOY, J., (Coord.) *La ejecución civil: problemas actuales*, Atelier, Barcelona, 2008

9. CACHON CADENAS, M., *La ejecución procesal civil*, Atelier, Barcelona, 2014.

10. CACHON CADENAS, M., *Introducción al enjuiciamiento civil*, Atelier, Barcelona, 2021, pp.451.

2. El punto neutro judicial

El Punto Neutro Judicial es una red de servicios gestionada por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en España. Su objetivo principal es facilitar y agilizar la tramitación de casos judiciales mediante el acceso directo a diversas aplicaciones y bases de datos de la Administración General del Estado y otras instituciones¹¹

2.1. Acceso al punto neutro judicial

Esta red permite a los órganos judiciales consultar información de diferentes entidades, como registros civiles, catastro, seguridad social, y otros, mejorando así la eficiencia y seguridad en la gestión de los casos. Además, ofrece servicios de apoyo a la gestión judicial, ayuda a los jueces y automatiza la gestión de los órganos de gobierno

El acceso al Punto Neutro Judicial está restringido a ciertos colectivos dentro del ámbito judicial y administrativo en España. Principalmente, pueden acceder:

- Órganos Judiciales: Letrados de la Administración de Justicia, Jueces, magistrados y personal de los juzgados y tribunales.
- Consejo General del Poder Judicial: Para la gestión y supervisión de la red.
- Administración General del Estado: Incluyendo organismos como la Agencia Tributaria, Seguridad Social, y otros registros públicos.
- Otras Instituciones: entidades financieras, colegios profesionales, y otros organismos que colaboran en la tramitación judicial.

2.2. Datos que se pueden consultar en el punto neutro judicial

En el Punto Neutro Judicial, se pueden consultar una amplia variedad de datos que facilitan la tramitación judicial. Distinguimos:

- Datos Registrales:
 - Registro Civil: información sobre nacimientos, matrimonios y defunciones.
 - Registro de la Propiedad: índices y notas simples.

11. Toda la información que figura en este segundo apartado ha sido extraída como experimento a través de Copilot, asistente de IA de Microsoft en una búsqueda realizada el día 25 de setiembre de 2024.

- Registro Mercantil: información sobre empresas y sociedades.
- Datos Fiscales y Económicos:
 - Agencia Tributaria (AEAT): información tributaria y fiscal.
 - Seguridad Social: datos sobre cotizaciones y prestaciones.
- Datos financieros: activos financieros.
 - SEPE: prestaciones por desempleo.
- Datos de Identificación y Domicilio:
 - Dirección General de Tráfico (DGT): información sobre conductores y vehículos.
 - Instituto Nacional de Estadística (INE): datos padronales.
 - Policía Nacional: acceso a información del DNI.

Datos Penitenciarios:

- Instituciones Penitenciarias: información sobre internos.

Otros Datos:

- Catastro: titularidad y certificaciones descriptivas y gráficas.
- Notarios: archivo de poderes y representación procesal.

Estos datos permiten a los órganos judiciales realizar consultas rápidas y seguras, mejorando la eficiencia en la gestión de los casos

2.3. Medidas de seguridad para proteger la información sensible:

El Punto Neutro Judicial (PNJ) implementa varias medidas para proteger la información sensible y garantizar la seguridad de los datos personales. Estas medidas se dividen en tres categorías principales.

- Medidas Administrativas:
 - Políticas y Procedimientos: Establecimiento de políticas claras sobre el manejo y protección de datos.
 - Capacitación: Formación continua del personal en materia de protección de datos y seguridad de la información.

— Medidas Técnicas:

- Cifrado de Datos: Uso de técnicas de cifrado para proteger la información durante su transmisión y almacenamiento.
- Control de Acceso: Implementación de sistemas de autenticación y autorización para asegurar que solo el personal autorizado pueda acceder a la información sensible.

— Medidas Físicas:

- Seguridad en las Instalaciones: Protección física de los servidores y equipos donde se almacenan los datos.
- Control de Acceso Físico: Restricción del acceso a las áreas donde se manejan datos sensibles..

3. Propuesta normativa del Artículo 590 de la LEC

La regulación de la investigación económica del ejecutado viene establecida en el artículo 590 de la Ley de Enjuiciamiento Judicial:

Art. 590. Investigación judicial del patrimonio del ejecutado

A instancias del ejecutante que no pudiere designar bienes del ejecutado suficientes para el fin de la ejecución, el letrado de la administración de justicia acordará, por diligencia de ordenación, 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 o derechos del ejecutado de los que tengan constancia. Al formular estas indicaciones, el ejecutante deberá expresar sucintamente las razones por las que estime que la entidad, organismo, registro o persona de que se trate dispone de información sobre el patrimonio del ejecutado. Cuando lo solicite el ejecutante y a su costa, su procurador podrá intervenir en el diligenciamiento de los oficios que hubieran sido librados a tal efecto y recibir la complementación de los mismos, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 1 del artículo siguiente.

El letrado de la administración de justicia no reclamará datos de organismos y registros cuando el ejecutante pudiera obtenerlos por sí mismos, o a través de su procurador, debidamente facultado al efecto por su poderdante.

Lo transcribo con ánimo de facilitar y comprender cómo ha cambiado radicalmente esta actividad que se ha convertido en una actividad claramente procesal que lleva a cabo el letrado de la administración de justicia accediendo al Punto Neutro Judicial.

Es pues el letrado de la administración de justicia, o el funcionario judicial autorizado por el letrado de la administración de justicia quienes están autorizados para acceder directamente a esta plataforma digital que contiene bases de datos con información de carácter económico relevante para llevar a cabo el embargo e incluso la transferencia de los activos localizados.

Por ello entiendo que es inexcusable una nueva redacción del artículo 590 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dé cobertura legal a una actuación procesal que es ya una realidad forense.

La propuesta de redacción es la siguiente:

Art. 590. Averiguación económica y acceso al Punto Neutro Judicial

Una vez el juez haya acordado despacho de ejecución el letrado de la administración de justicia accederá al Punto Neutro Judicial para averiguar y comprobar los derechos y activos embargables del ejecutado y si ello fuera posible dar la orden de embargo a través del mismo Punto Neutro Judicial.

En caso de no encontrar derechos y activos suficientes para cubrir el embargo, el letrado de la administración de justicia podrá incorporar alarmas y avisos vinculados a la búsqueda para embargar de forma inmediata cuando reciba un aviso o alarma.

Esta propuesta la someto a la consideración de todos mis colegas estudiosos de la ejecución procesal y por supuesto a la del Profesor Cachón, *primus inter pares*.

7. Bibliografía

- CACHON CADENAS, J.M., *El embargo*, Librería Boch, Barcelona, 1991, pp.15.
- CACHON CADENAS, J.M., «Artículo 590» en AAVV. *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.III, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp.2914-2918
- CACHON CADENAS, J.M., PICO JUNOY, J., (Coord.) *La ejecución civil: problemas actuales*, Atelier, Barcelona, 2008
- CACHON CADENAS, M., *La ejecución procesal civil*, Atelier, Barcelona, 2014.
- CACHON CADENAS, M., *Esquemas de Derecho Procesal II*, Uno editorial, 2020, pp.143-144.
- CACHON CADENAS, M., *Introducción al enjuiciamiento civil*, Atelier, Barcelona, 2021, pp.450-452
- CACHON CADENAS, M., »7. Apuntes sobre la implantación del impulso oficial en el proceso civil español» en *Otras historias de procesalistas y del proceso*, Dykinson, Madrid, 2022, pp.193 —209
- CIPRIANI, F., *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia (1866-1936)*, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

- CORTÉS DOMÍNGUEZ,V., «Artículo 1455» en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid,1985.pp.728-730
- FERNÁNDEZ AMOR,J.A., «En torno a los principios de coordinación y colaboración y el carácter reservado de los datos tributarios», *Quincena fiscal*, Año2010-febrero,nº 4,33
- RAMOS MÉNDEZ, F., «Prólogo» *El embargo*, Librería Boch, Barcelona, 1991, p.8
- RAMOS MÉNDEZ,F., *Guía para una transición ordenada de la LEC*, J.M.Bosch Editor, Barcelona, 2000,p.601
- RAMOS MÉNDEZ,F., «¿Qué es la ejecución?» en RAMOS MÉNDEZ,F., *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, T.I, Atelier, 2008 pp.111-131
- RAMOS MÉNDEZ, F.(Director) *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*, Atelier, Barcelona, 2014
- RIBA TREPAT, C., *La investigación judicial del patrimonio del ejecutado*, (inédito),Facultat de Dret, Universitat Autònoma de Barcelona, julio 1998.,75pp.
- RIBA TREPAT, C., «La preparación del embargo: la investigación judicial del patrimonio del ejecutado» en ALONSO CUEVILLAS SAYROL, J.,(Coordinador) *Instituciones del Nuevo Proceso Civil.Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, VOL III,Economist&Jurist, 2000, Barcelona, pp.205-242.
- RIBA TREPAT, C., «La investigación judicial en la nueva ejecución civil» en CACHON CADENAS, J.M.,PICO JUNOY, J., (Coord.) *La ejecución civil: problemas actuales*,Atelier, Barcelona, 2008, pp. 141-155.
- RUIZ DE LA FUENTE, C.,*El embargo*, Atelier,Barcelona, 2024
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.,«Impulso procesal» en SERRA DOMÍNGUEZ,M, *Obra Procesal*, T.VII, Fundación Manuel Serra Domínguez,Barcelona,2023,pp.3577-3590

XIX | La manifestación de bienes por el deudor en la ejecución civil

Manuel Richard González
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL PORQUÉ DEL TEMA ESCOGIDO. 2. LA DESOBEDIENCIA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. 3. LA MANIFESTACIÓN DE BIENES POR EL EJECUTADO Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO. 4. EL DELITO DE DESOBEDIENCIA EN EL CÓDIGO PENAL. ESPECIAL ATENCIÓN AL DELITO DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN. 5. CONCLUSIONES.

1. Introducción: el porqué del tema escogido

Escribir un trabajo para un libro de homenaje siempre supone un reto. Lo más importante, por supuesto, es decidir sobre qué debe versar la aportación. Lo más fácil, por supuesto, es recuperar alguna vieja idea que andaba perdida en alguna carpeta olvidada y perpetrar el trabajo de un tirón. Con ello podríamos decir que se cumple. Sin embargo, desde mi punto de vista un trabajo de esta clase tiene que servir para servir de contrapunto al trabajo intelectual de la persona a la que tributa un trabajo de esta clase.

En este punto, salta a la vista la amplitud del trabajo intelectual del profesor Cachón, su interés por el derecho procesal y también por la historia. Si uno atiende a todo ello puede advertir dos ejes claros en su actividad científica. El proceso de ejecución y la historiografía del derecho procesal: su origen, sus influencias, su desarrollo y también sus miserias. Precisamente a estas cuestiones ha dedicado el profesor Cachón sus últimas obras. Con ese perfil está claro el interés que despierta en mí su trabajo y su persona. Yo mismo profeso especial interés por el estudio de la historia, la filosofía y el derecho comparado. He aquí que con todo ello he considerado que podría ser de interés desarrollar algunas ideas con relación a un tema concreto de la ejecución civil que siempre me ha resultado de interés. Este es el de la manifestación de bienes por parte del deudor ejecutado que regula el art. 589 LEC. El precepto tiene por finalidad

facilitar el buen fin de la ejecución con la declaración del ejecutado respecto a los bienes y derechos que tuviere el ejecutado para responder de la cantidad objeto de ejecución judicial. Mas adelante, entro en el detalle del precepto. Por el momento lo que me interesa destacar es la circunstancia de cómo la norma analizada pone de manifiesto las deficiencias del proceso de ejecución en el contexto de derecho comparado que deberíamos tener en cuenta más a menudo. Porque el caso es que en España el Juez civil carece prácticamente no ya de «auctoritas», sino también de potestas. Y tal vez esta es la consecuencia de la aceptación de una dogmática procesal de tradición alemana-italiana pesada y rígida, que ha impedido una evolución del derecho procesal para su adaptación a los tiempos actuales. No es objeto de este breve trabajo entrar en esa cuestión pero que, sin embargo, está en el horizonte final intelectual del mismo. Baste por el momento utilizar el requerimiento de manifestación de bienes como una muestra de las dificultades de adaptación del derecho procesal a los intereses de los ciudadanos.

El hecho es que estudiando la obra del profesor Cachón se puede percibir su interés tanto por el proceso de ejecución como por la historia del derecho procesal en España personificada en los profesores del siglo pasado, todos ellos estudiosos de la dogmática alemana e italiana. Mi planteamiento es que tal vez el devenir del derecho procesal en España ha quedado demasiado determinado por una dogmática anclada más en la protección de la norma que en la protección de los ciudadanos. Circunstancia que no ha permitido la evolución de las normas procesales civiles hacia un escenario de mayor eficacia y utilidad social. En ese punto, creo que el incidente de manifestación de bienes por el deudor sirve perfectamente para ilustrar uno de los muchos problemas que afectan al derecho procesal en España, que no es otro que la falta de eficacia ejecutiva de lo resuelto por el Juez civil más allá del propio proceso en el que se dictan. Obviamente, las resoluciones de los Jueces civiles tienen pleno efecto en el proceso. Sin embargo, no es así cuando la eficacia de la resolución debe trascender el propio proceso. Un ejemplo de ello es el requerimiento de manifestación de bienes que la Ley prevé que haga el ejecutado y cuyo incumplimiento carece en la práctica de repercusiones. Ello es así por diferentes razones, a pesar que el Código Penal contiene un precepto específico a ese respecto. Lo que sucede es que el propio precepto no regula de un modo eficaz la desobediencia al requerimiento judicial por no atender al auténtico bien jurídico que se debe proteger: El principio de autoridad del Juez. En mi opinión ese es un buen ejemplo del incorrecto entendimiento de los principios y finalidades del proceso civil que sigue anclado en una visión privatista y dogmática que creo que debe ser superada.

2. La desobediencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil

La desobediencia a las órdenes y requerimientos del Juez civil se contempla en varios apartados de la LEC en los que la ley atribuye la consecuencia de incurrir en desobediencia por incumplimiento de lo ordenado por la autoridad judicial. En algunos supuestos se hace mención expresa a la responsabilidad penal que devendría en caso de infracción de lo ordenado. Este es el caso de los siguientes preceptos: — art. 261.5.^a con relación a la diligencia preliminar dirigida a la determinación de los integrantes de un grupo en el supuesto de un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios¹. — Artículo 283 bis h LEC con relación a la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba y el artículo 283 bis k respecto al incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba. En ambos casos con relación a las normas de acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia (arts. 283 bis a y ss. LEC). — art. 710 LEC que se refiere al condenado a no hacer alguna cosa que quebrantare la sentencia. En ese caso, se le requerirá de abstenerse de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial.

En otros supuestos, la ley se limita a señalar que el incumplimiento del requerido puede suponer una desobediencia a la autoridad sin mencionar la responsabilidad penal: — art. 292 LEC respecto a la obligatoriedad de peritos y testigos de comparecer a la audiencia. — art. 297 LEC respecto al incumplimiento de las medidas judiciales adoptadas para el aseguramiento de la prueba. — art. 381 LEC con relación al requerimiento judicial para obtener la declaración por escrito de personas jurídicas y entidades públicas. — art. 441.4 LEC respecto a la exhibición de bienes. — art. 701 LEC con relación a la entrega de cosa mueble determinada por el ejecutado en el plazo determinado.

Finalmente, el art. 589 LEC también prevé que el incumplimiento de manifestar los bienes que tuviere el ejecutado puede constituir una desobediencia grave. En este caso, la ley supedita la existencia de desobediencia a varios criterios. Además, introduce el concepto de desobediencia grave por única vez en la regulación de la LEC.

1. Art. 261.5.^a LEC: «Tratándose de las diligencias previstas en el artículo 256.1.6.º, ante la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial. Iguales medidas ordenará el tribunal en los casos de los números 5 bis, 7.º y 8.º del apartado 1 del artículo 256, ante la negativa del requerido a la exhibición de documentos».

3. La manifestación de bienes por el ejecutado y las consecuencias de su incumplimiento

La manifestación de bienes por parte del acreedor se contiene en el art. 589 LEC que dispone que: «1. *Salvo que el ejecutante señale bienes cuyo embargo estime suficiente para el fin de la ejecución, el Letrado de la Administración de Justicia requerirá, mediante diligencia de ordenación, de oficio al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título*». Se trata de una norma directamente relacionada con los principios que rigen la ejecución civil por los cuales ésta sólo procede si el ejecutado no cumple voluntariamente aquello a lo que viene obligado. Nótese que un proceso de ejecución regido únicamente por la actividad judicial sería costoso y probablemente adquiriría aspectos de una suerte de ejecución administrativa como son la de deudas tributarias o similares. No obstante, también debe decirse que un proceso de ejecución en el que la potestad judicial para hacer cumplir lo resuelto se diluye para carecer de poder de ejecución desmerece completamente el fundamento el sistema público de Administración de Justicia. Téngase en cuenta que penal o civil el sistema de justicia se justifica en tanto que el monopolio de ejercicio del poder por el Estado sirve a los ciudadanos. Ningún sentido tiene un sistema de justicia que no permite la satisfacción real de los ciudadanos. Y el hecho que se trate de justicia civil no debe justificar la limitación del poder que el estado atribuye a los jueces para el cumplimiento de sus funciones.

La potestad de los Jueces como funcionarios y representantes del Estado adquiere especial relieve durante la práctica de la prueba en el proceso y en la posterior ejecución de la sentencia. A lo primero me refiero al final de este trabajo en el apartado de conclusiones. A lo segundo me refiero a continuación para señalar que de nada sirve un sistema de Justicia si sus resoluciones no responden a lo que es justo en derecho conforme con los hechos y/o las resoluciones firmes no se cumplen en sus justos términos. A ello sirve la ejecución de sentencias que debería permitir la plena satisfacción del acreedor. Por supuesto, la imposibilidad real y legítima de pago del ejecutante puede constituir un impedimento cierto para que el ejecutante obtenga plena satisfacción. Pero no lo debe ser la falta de cumplimiento basada en el fraude o el engaño. Situaciones muy comunes en la práctica. Precisamente, el requerimiento de manifestación de bienes al ejecutado es una norma que pretende servir al buen fin de la ejecución. Así está previsto en el art. 589 LEC que dispone que el ejecutado deberá señalar bienes suficientes o bien manifestar cuales tuviera a efectos de la ejecución.

El problema aquí consiste en determinar cuáles sean las consecuencias del incumplimiento del requerimiento. Ya sea porque no manifestase bienes o lo hiciese, pero con ocultamiento de algunos. A ese particular se refiere el apartado segundo del citado artº 589 LEC que señala que: «2. *El requerimiento al ejecutado para la manifestación de sus bienes se hará con apercibimiento de las sanciones que pueden imponérsele, cuando menos por desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren*».

En este punto debemos atender a diferentes conductas y sus correspondientes consecuencias que se le harán saber al ejecutado en el requerimiento que se le haga a este fin.

En primer lugar, respecto a las conductas cabe que el ejecutado incumpla completamente el requerimiento y no señale ninguna clase de bienes. El ejecutado también puede cumplir el requerimiento y omitir bienes, incluir bienes que no son suyos o ser inexacto sobre su situación a efectos de cargas o gravámenes que puedan existir.

En segundo lugar, respecto a las consecuencias la ley prevé la imposición de sanciones y la posibilidad de incurrir en desobediencia grave (art. 589.1 LEC). Además, el art. 589.4 LEC dispone que: «*El Letrado de la Administración de Justicia podrá también, mediante decreto, imponer multas coercitivas periódicas al ejecutado que no respondiere debidamente al requerimiento a que se refiere el apartado anterior*».

De lo anterior resulta que la única consecuencia meridianamente clara es la imposición de multas coercitivas al ejecutado. En cuanto a las sanciones a las que se refiere la Ley no resulta claro cuales pueden ser. Finalmente, la referencia a la desobediencia grave sólo puede referirse a la infracción criminal prevista en el art. 258 CP que prevé pena de prisión para quien: «*.. en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor*».

No resulta clara la norma respecto a la gradación de consecuencias de la falta de cumplimiento del requerimiento judicial. La misma redacción legal es confusa cuando señala que el requerimiento: «*se hará con apercibimiento de las sanciones que pueden imponérsele, cuando menos por desobediencia grave*». Esta claro que tratándose de una conducta criminal esta no puede imponerse como lo menos, sino como lo más. Pero, lo que sucede, en realidad, es que en

realidad ni las desconocidas sanciones ni las multas tienen relación con la conducta que da lugar al tipo penal que no es otra que no cumplir el mandato judicial. Esta conducta es exactamente igual que la que sucede cuando un ciudadano se niega a cumplir la orden legítima de un agente de policía en un control de alcoholemia o similar. En ambos casos la simple conducta de no cumplir supone una desobediencia que ni siquiera necesitaría ser calificada de grave, sino sencillamente operar ante el simple incumplimiento. Sucede, como veremos, que la ideología y la cultura social ha determinado que cuando un ciudadano se niega a cumplir el requerimiento policía para realizar la prueba de alcoholemia no exista mayor duda sobre el cumplimiento del tipo. Sencillamente, por la sensibilización social respecto a los efectos de la conducción bajo los efectos del alcohol. Pero, cuando esa desobediencia se produce sorprendentemente respecto a una orden judicial, especialmente si se trata de una dictada en un proceso civil, resulta muy difícil que la consecuencia del incumplimiento se convierta en una sanción con carácter auténticamente disuasorio. Ello a pesar que en 2015 se introdujo en el Código Penal el delito de frustración de la ejecución junto con el ya existente del alzamiento de bienes.

4. El delito de desobediencia en el Código Penal. Especial atención al delito de frustración de la ejecución

La desobediencia supone la falta de cumplimiento de una orden o requerimiento de una autoridad que puede ser una Cámara legislativa (art. 502 CP)² o más específicamente proveniente de funcionarios revestidos del concepto de autoridad (art. 24 CP). El precepto básico que tipifica este delito es el 556 CP que dispone que: «1. Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad». En su virtud, los ciudadanos que no cumplieren los requerimientos, por ejemplo, de los agentes de policía en el ejercicio de sus funciones incurrirán en esta clase de delito³. También se aplicará este tipo penal a las modalidades de desobediencia que contempla la Ley de enjuiciamiento civil.

2. Art. 502 CP: «1. Los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejen de comparecer ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, serán castigados como reos del delito de desobediencia. Si el reo fuera autoridad o funcionario público, se le impondrá además la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

3. Véase sobre el delito de desobediencia en el supuesto concreto de la prohibición de circular durante el Estado de alarma de 2020. COLOMER BEA, D., Delito de desobediencia e incumplimiento de la prohibición de

Además del tipo genérico de desobediencia previsto en el art. 556 CP el art. 258 CP regula el delito de frustración de la ejecución en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, que comete quien en tales procedimientos presenta una relación de bienes o patrimonio falsa o incompleta, o no la presenta, dificultando así el cobro del crédito para el acreedor. El art. 258 CP dispone que: *«1. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses quien, en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor. La relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto. 2. La misma pena se impondrá cuando el deudor, requerido para ello, deje de facilitar la relación de bienes o patrimonio a que se refiere el apartado anterior»*.

Este tipo delictivo se introdujo en el Código Penal en 2015 como una conducta específica en el supuesto de incumplir el mandato previsto en el art. 589 LEC. Podemos decir que esta inclusión acredita la intención del legislador de reforzar el cumplimiento de las resoluciones judiciales y, de ese modo, la confianza de los ciudadanos en el sistema de Justicia. La exposición de motivos de la LO 1/2015 de modificación del Código Penal justifica la modificación del siguiente modo: *«Se lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota. Estos grupos de delitos pasan a estar regulados en capítulos diferenciados. Dentro de los delitos de frustración de la ejecución se incluyen, junto al alzamiento de bienes, dos nuevas figuras delictivas que están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito, y que son habituales en el Derecho comparado: de una parte, se tipifica la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; y de otra, la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad»* Apartado XVI LO 1/2015. Como se aprecia lo que se hace es diferenciar entre el alzamiento de bienes, que era la única figura que podía usarse para la desobediencia del requerimiento de manifestación de bienes, y la frustración de ejecución que se produ-

ce respecto al incumplimiento total o parcial del mandato judicial⁴. Se trata de un tipo penal absolutamente necesario para reforzar el mandato dirigido al ejecutado. Aun así, se ha cuestionado su constitucionalidad por entender que el precepto podía afectar al derecho a no declarar contra sí mismo del art. 24.2 CE partiendo de una equiparación entre el ejecutado en el proceso civil con el acusado penal. No cabe, desde mi punto de vista semejante comparación. Primero, por la distinta naturaleza del proceso. Pero aún más importante porque el ejecutado requerido ya ha sido condenado y, por tanto, ninguna legitimación tiene para oponerse al requerimiento del Juez para que la sentencia pueda ser efectiva.

Los requisitos del tipo, conforme a la redacción legal, son los siguientes: 1º) Existencia de un procedimiento judicial o administrativo; 2º) Requerimiento para la manifestación de bienes y derechos susceptibles de ser ejecutados; 3º) Incumplimiento del requerimiento total o bien incluyendo una relación mendaz o incompleta; 4º) Que por efecto de la conducta del ejecutado se dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor; 5º) Que se trate de una conducta dolosa⁵.

El problema, evidente a mi juicio, es la inadecuada tipificación de la conducta tal y como se regula en el Código Penal que contiene una norma de escasa utilidad práctica. Nótese que le basta al ejecutado con presentar una manifestación de bienes, cualquiera que sea el contenido, para cumplir con el mandato judicial. Claro que también se puede incurrir en el delito cuando la declaración sea mendaz o incompleta, pero será inverosímil que el Juzgado vaya a acreditar la falsedad de la manifestación realizada. Sí que podría el ejecutante denunciar la falsedad de la manifestación. Pero, aún en ese caso, el tipo penal prevé que la conducta del ejecutado debe tener por efecto dilatar, dificultar o impedir la satisfacción del acreedor, conceptos indeterminados que pueden interpretarse de un modo muy flexible. Más aún, el apartado 3º del art. 258 LEC introduce una suerte de excusa absolutoria que impide la punibilidad de los hechos. A este fin establece que: «3. *Los delitos a que se refiere este artículo no serán perseguibles si el autor, antes de que la autoridad o funcionario hubieran descubierto el carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, compareciera ante ellos y presentara una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa*». En su virtud, no importa que se haya desobede-

4. Vid. SANCHEZ MELGAR, El nuevo delito de falta de colaboración con el procedimiento de ejecución; Diario La Ley, 28 diciembre 2015, La Ley 7858/2015.

5. Conforme con la «Jurisprudencia» menor debe constatar una intención en el sujeto para producir la ocultación de bienes con el resultado de dificultar, dilatar o impedir la satisfacción del crédito (SAP MADRID, Sección 23ª, nº 611/2022, 22 de noviembre de 2022).

cido una orden judicial, siempre que el deudor antes de haberse descubierto la «falsedad» de la manifestación de bienes presentara una nueva «veraz y completa».

En este punto cabe preguntarse cuál es el bien jurídico protegido en este delito de frustración de la ejecución. Está claro que no es el orden público representado en la figura del mandato judicial. Si fuera así el delito se produciría por la infracción del cumplimiento de la orden judicial. Más allá que, por supuesto, esa infracción acaba perjudicando al acreedor que no puede hacer efectivo su crédito⁶. En este punto la mayoría de la [doctrina](#) coincide en designar como [bien jurídico](#) protegido el [derecho de crédito](#) del [acreedor](#) y el correcto funcionamiento y la efectividad de los procedimientos de ejecución judicial o administrativa⁷. Sin embargo, esto no es lo que se contiene en el Código penal, en tanto que el delito se produce no por desobedecer la orden judicial, que sería lo deseable, sino cuando ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor. Por otra parte, este tipo delictivo queda excluido si se acude al delito por alzamiento de bienes o bien al de falsedad documental.

5. Conclusiones

La ocultación de bienes no debe identificarse con la inexistencia de bienes. Ahora bien, si la inexistencia de bienes se debe a acciones voluntarias del deudor para situarse en situación de insolvencia naturalmente que puede existir una conducta delictiva. De hecho, el manido principio de la inexistencia de prisión por deudas es absolutamente falso, ya que puede existir responsabilidad penal cuando las deudas y/o su falta de pago tienen su origen en conductas delictivas. Pero, esa es otra cuestión. En el caso de este trabajo, las inoperativas consecuencias del incumplimiento del requerimiento de manifestación de bienes en la ejecución me sirven para poner de manifiesto la necesidad de proveer al Juez civil de poderes ejecutivos de modo que sus resoluciones tengan garantías de ser cumplidas.

Desde mi punto de vista el proceso civil adolece de una herencia dogmática que se fundamenta en principios que tal vez haya que reinterpretar a la luz

6. En este sentido, ORTEGA CALDERON que señala: «Que el bien jurídico protegido está integrado por las potestades judiciales que integran el proceso de ejecución y en particular, los mandatos emanados de la autoridad judicial frente al deudor para lograr el éxito de la ejecución con efecto reflejo inmediato en la satisfacción del derecho de crédito del acreedor» ORTEGA CALDERON J.L., La relevancia penal de la desobediencia en el proceso civil de ejecución: a propósito del art. 258.2 CP, Diario La ley nº 10195, 2022.

7. Véase MONFORTE DOMINGO, J., PEÑALOSA TORRÉ, C., Frustración DE LA EJECUCIÓN. Ausencia de colaboración activa del ejecutado. Dolo y resultado, LA LEY Nº 9830 2021. Véase también HERNANDEZ MANZANARES, A., El delito de frustración de la ejecución, Diario La Ley nº 10559, 2024.

de los nuevos tiempos. Probablemente no deba ser un cambio radical pero algunos principios pueden interpretarse desde otra perspectiva. Por ejemplo, el principio dispositivo y de aportación de parte. Naturalmente, que debe guardarse el equilibrio procesal y la igualdad de partes, pero ¿de verdad que el Juez no puede o debe tener mayores poderes en la práctica de la prueba? Porque de hecho los tiene en los procesos civiles no dispositivos. Sí ya sé. En aquéllos existen intereses de orden público. Pero, tal vez lo mismo sucede en determinados procesos en los que la desproporción económica y de recursos entre las partes es notoria. En realidad, la LEC sí que se está adaptando a los nuevos tiempos, pero lo hace para otorgar mayores poderes de investigación y obtención de evidencias a las grandes empresas para la protección de la propiedad industrial e intelectual. Así, a las diligencias de comprobación de hechos de la Ley de patentes, se han unido reformas de la LEC para los fines expuestos de investigación y obtención de pruebas. Por ejemplo, las diligencias preliminares previstas en el art. 256.7.8.10 y 11 LEC (introducidos en la LEC por las Leyes 19/2006 y 21/2014); el art. 283 bis a y ss en materia de daños por infracción del derecho de la competencia (por modificación de la LEC por el RDL 9/2017).

Resulta claro que la preocupación del legislador por la salvaguarda de los derechos de propiedad industrial e intelectual no se extiende al proceso civil ordinario en el que a mi parecer debe empezar a reforzarse la posición del Juez atendiendo a aquellas funciones que tienen que ver con la eficacia, auténtica, del sistema judicial. Entre esas funciones del Juez se hallaría la que atañe a la posibilidad de acordar determinados medios de prueba de oficio o el reforzamiento de las potestades en ejecución. Tal vez adoptando el sistema anglosajón del «contempt of court» que se fundamenta en la simple infracción u ofensa criminal sobre un tribunal cuando las partes son desobedientes o no respetuosas con las decisiones judiciales. ¿Se imaginan en España un Juez enviando al calabozo a un ejecutado que obstaculiza la ejecución? O un Juez con la posibilidad de acordar prueba de oficio para poder cumplir con su obligación de resolver los asuntos, se supone que con base en los hechos ciertos. O, finalmente, se imaginan un Juez Civil español que acordará una responsabilidad civil basada en los denominados daños punitivos. Se trata de daños que puede fijar el Juez en el «common law» y que tienen una finalidad punitiva y de disuasión del condenado en la jurisdicción civil. Tal vez es hora de plantearse.

XX | Menos invención, más Profesor Cachón

Luis Rodríguez Torres
Profesor asociado de Derecho Procesal
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA CONDENA EN COSTAS. 3. LA COSTUMBRE DE FIJAR LA CUANTÍA DEL PLEITO COMO INDETERMINADA PARA AMINORAR EL RIESGO DEL ACTOR, EL ART. 255 LEC Y EL PRINCIPIO FUNDAMENTAL DETRÁS DE LA CONDENA EN COSTAS EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL. 4. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA CONDENA EN COSTAS PERMITIRÍA PODER DISCUTIR, CON EL PLEITO TODAVÍA PENDIENTE DE RESOLUCIÓN, LA CUANTÍA. 5. CONCLUSIÓN

1. Introducción

La tarea de escribir unas líneas para el libro de homenaje al Profesor Cachón es un reto para quien siente una profunda admiración por él. Tengamos presente que el Profesor Ramos Méndez empezó el prólogo de *El embargo* atestiguando que «*Varias veces he tomado la pluma para redactar estas líneas y otras tantas he desistido de hacerlo. Me embargaba la congoja de no tener nada que añadir a lo que ha escrito el Prof. Manuel J. Cachón Cadenas...*». Si a su maestro le embargaba la congoja, qué no vamos a sentir sus alumnos...

Estas líneas solo pretenden ser un muy modesto homenaje al Profesor. Por ello me voy a quedar con unas pocas páginas de las muchas que tiene su obra e intentar justificar que en ellas tenemos la solución, o cuanto menos un remedio, a un problema práctico del que adolece el enjuiciamiento civil. Se trata de la fijación de la cuantía del pleito como indeterminada por parte del actor para aminorar su riesgo económico en caso de perder el pleito, lo que en última instancia resulta en fomento de la litigiosidad.

2. La ejecución provisional de la condena en costas

En «*Resoluciones provisionalmente ejecutables y despacho de la ejecución provisional*»¹ el Profesor, al tratar si es posible o no la ejecución provisional de la condena en costas, concluye «*Lo cierto es que, ante la falta de argumentos absolutamente determinantes a favor o en contra de la ejecutabilidad provisional de la condena en costas, me inclino, aunque con dudas, por considerar viable dicha ejecución provisional, atendiendo al criterio general favorable a la ejecución provisional en el que se basa la regulación que establece la LEC de 2000.*»

El Profesor expresa esa conclusión con la modestia que le caracteriza. Ahora bien, el razonamiento por el que llega a tal conclusión, en mi opinión, es una muestra más, la enésima, de una de las principales virtudes del Profesor: la de ser capaz de realizar las consideraciones sistemáticas precisas al argumento sobre el que razona, yendo más allá de la literalidad del precepto, de manera que cuando los demás las leemos pensamos que es evidente que las cosas han de ser así y no pueden ser de otro modo.

En la obra citada el Profesor explica que, pese a la literalidad del artículo 242.1 LEC, «*...la condena en costas es un pronunciamiento condenatorio, y por tanto, en principio, resulta susceptible de ejecución provisional de acuerdo con la regla general...*» Y que el art. 517 LEC «*...no pasa de ser una mera declaración general, porque la propia LEC admite que, a efectos de obtener la ejecución provisional, también las sentencias de condena que aún no han adquirido firmeza pueden tener fuerza ejecutiva. Así pues, con igual fundamento cabría entender que la exigencia de que la condena en costas sea firme, prevista en el art. 242.1 LEC, no impide la ejecución provisional de la condena en costas que todavía no ha adquirido firmeza.*»

No podemos obviar tampoco lo que nos recuerda el Profesor: que el art. 241.1 LEC, con pequeñas diferencias de redacción, coincide con el contenido del art. 421 de la LEC de 1881. Ahora bien, uno y otro texto difieren en el trato de la ejecución provisional. La Exposición de Motivos de la LEC es clara: «*La regulación de la ejecución provisional es, tal vez, una de las principales innovaciones de este texto legal. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil representa una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considera*

1. CACHÓN CADENAS, M., «Resoluciones provisionalmente ejecutables y despacho de la ejecución provisional», en *La ejecución civil*, V. Moreno (dir.), edit. CGPJ, Madrid, 2005, pp. 575-713.

provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y excepciones, las sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional».

Así pues, cuanto menos la cuestión debería ser discutible, pese a que hoy día parezca una quimera pretender la tasación de costas y ejecución de las mismas en el marco de la ejecución provisional de la sentencia.

3. La costumbre de fijar la cuantía del pleito como indeterminada para aminorar el riesgo del actor, el art. 255 LEC y el principio fundamental detrás de la condena en costas en el procedimiento civil

Sabemos que el art. 255 LEC solo permite al demandado impugnar la cuantía de la demanda cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de apelación.

Es habitual la práctica de fijar en la demanda la cuantía del pleito en indeterminada, cuando en muchas ocasiones el interés litigioso no tiene nada de indeterminado, y por tanto la cuantía se podría fijar de manera precisa resultando en una cifra muy superior, a efectos de costas, de la que resulta de la cuantía indeterminada. El motivo es evidente: el actor no se atreve a fijar la cuantía del pleito en la que se podría determinar, porque no las tiene todas consigo respecto del resultado final del litigio. Fijar la cuantía del pleito en indeterminada es una manera de aminorar el riesgo de la interposición de la demanda. El actor que sabe que la cuantía se podría fijar en una cifra más elevada sabe que el demandado no va a poder impugnarla al contestar la demanda, y que solo al final del pleito, cuando ya esté claro el resultado, se va a discutir la cuantía del pleito, en el ámbito de la tasación de costas, en caso de que exista la condena a su pago.

No hay que ser experto ni en teoría de juegos ni en el análisis económico del procedimiento para entender que la condena en costas pretende ser un freno a la litigación temeraria. Así pues, todo subterfugio que pretenda esquivar o mitigar los resultados de la condena en costas en realidad no es más que un intento de desactivar ese freno, y por conclusión, estamos ante una promoción de la litigiosidad por la litigiosidad en el mejor de los casos, cuando no directamente ante un fomento de la litigación temeraria.

4. La ejecución provisional de la condena en costas permitiría poder discutir, con el pleito todavía pendiente de resolución, la cuantía

Así pues, si se mantiene el art. 255 LEC en su redacción vigente, todavía resulta más interesante permitir la ejecución provisional de la condena en costas, por dos motivos que están íntimamente relacionados.

El primero de ellos es que se permitiría la discusión acerca de la cuantía del pleito cuando el mismo todavía no ha encontrado resolución firme. Creo que sería positivo porque, si ya existe una primera resolución, no firme, que impone la condena en costas a una de las partes, ya no es descabellado pensar que puede acabar siendo necesario fijar la cuantía del pleito a efectos de costas. Por tanto, se puede ir resolviendo la cuestión, y adelantar un pronunciamiento que, al menos de manera provisional, tiene o puede tener relevancia.

El segundo motivo es que el pronunciamiento acerca de la cuantía del pleito tiene más posibilidades de ser transigido o concordado si las partes lo discuten cuando todavía no es seguro quien habrá de pechar con las costas. Si las partes lo discuten cuando es seguro quién deberá cobrarlas y quién pagarlas, las posiciones van a estar más alejadas de manera natural. Quien se sabe favorecido por la condena en costas va a sostener que la cuantía es la mayor posible, y quien se sabe perjudicado va a sostener que la cuantía es la menor posible, con lo que las posturas van a estar todo lo alejadas que el caso permita. En cambio, si las partes discuten la cuantía cuando ambas, potencialmente, pueden acabar siendo tanto la beneficiada como la perjudicada, el incentivo a tomar la postura maximalista o minimalista no existe, o existe en menor medida. Lo que, por lo general, debería conllevar menos controversia, o la misma cantidad de controversia pero en una magnitud menor, que es a lo que deben tender las normas, especialmente las de enjuiciamiento.

5. Conclusión

A mi entender, cuando se pretende legislar para evitar o disminuir la litigación, se presta atención a elementos que, pese a que puedan ser útiles, son accesorios, y se obvia la principal herramienta a tal efecto: el de la condena en costas, que es el principal regulador de la pulsión humana al litigio. No en vano, Chiovenda dedicó parte de sus primeros y mejores esfuerzos a la condena en costas. La lección que deberíamos obtener de ello es que es una de las instituciones primordiales del enjuiciamiento civil, y no algo que dejar aparcado, por fuerza, hasta el final del pleito, por entenderla solo como una cuestión mundana o crematística de los abogados.

Conocer el importe de las costas antes de la resolución de un recurso de apelación o de casación puede ser un estímulo a la transacción, y no vamos sobrados de esos estímulos últimamente. Si hemos de buscar el criterio correcto en algún sitio, no hay mejor lugar por el que empezar que en la obra del Profesor Cachón.

XXI | La oposición a la ejecución provisional de condenas no dinerarias

*Consuelo Ruiz de la Fuente*¹
Profesora de Derecho Procesal
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. LA DIFICULTAD DE REVERSIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS NO DINERARIAS 2.1. CONDENAS A DAR O ENTREGAR BIENES DETERMINADOS 2.2. CONDENAS A HACER/NO HACER 3. LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN CASO DE OPOSICIÓN 4. OBLIGACIÓN DEL EJECUTADO A CUMPLIR CON LA INTIMACIÓN JUDICIAL. 5. CRITERIOS PARA SUSPENDER LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS NO DINERARIAS Y DEJAR SIN EFECTO LAS INTIMACIONES JUDICIALES DICTADA. 5.1 DAÑO: NATURALEZA Y MAGNITUD. 5.2 REVERSIÓN: CARÁCTER. 5.3 INTERVENCIÓN MÍNIMA O PROPORCIONADA. 5.4 *PERICULUM IN MORA*. 6. ADOPCIÓN DE MEDIDAS ASEGURATIVAS TRAS ACORDAR LA SUSPENSIÓN. 7. CONSECUENCIAS EN RELACIÓN CON LAS COSTAS DEL INCIDENTE DE OPOSICIÓN. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

El proceso de ejecución civil descansa sobre la base del derecho a la ejecución de las sentencias firmes garantizado en el art. 24 de la Constitución Española, de ahí que la posibilidad de suspender aquel proceso deba someterse a estrictos controles judiciales y sólo debe proceder en supuestos muy justificados y excepcionales. El legislador establece que la suspensión del proceso ejecutivo sólo cabe en aquellos casos previstos en la ley o bien, cuando todas las partes personadas así lo acuerden (art. 565.1 LEC). Esta última posibilidad, aunque no demasiado frecuente, no es más que la consecuencia de la aplicación del principio dispositivo en el proceso de ejecución civil, ya que las partes siempre tendrán en su mano la disposición del objeto y con ella la posibilidad de llegar a un acuerdo extrajudicial que resuelva el proceso.

1. Dedicado a mi querido maestro, el Profesor Manuel Cachón Cadenas, con todo mi cariño, gratitud y admiración.

El legislador establece que, como la regla general, es ejecutable provisionalmente cualquier sentencia de condena, aunque no sea firme. Con la admisibilidad de la ejecución provisional también se persigue evitar la utilización de los recursos como medio o sistema de retrasar un procedimiento y, por ende, dilatar la efectividad práctica de los pronunciamientos de una sentencia. La ejecución provisional de sentencias de condena que no sean firmes se despachará y se llevará a cabo del mismo modo que la ejecución definitiva (art.524.2 LEC).

Cuando el título ejecutivo condene a obligaciones de dar, hacer o no hacer, o de entregar una cosa distinta a una suma de dinero, la ley dispone que en el propio auto de despacho de la ejecución se requerirá al ejecutado para que cumpla con lo establecido en el título (art.699 LEC). Frente al despacho de ejecución provisional, el ejecutado podrá oponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto, según lo dispuesto en el artículo 529 LEC.

El ejecutado podrá oponerse alegando 1) que no cabe la ejecución provisional (art. 528.2.1 en relación con el art. 527.3 y 525 LEC), 2) resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones 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 LEC), 3) el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, que habrá de justificarse documentalmente (art. 528.4 LEC)², o 4) la existencia de pactos o transacciones, convenidas y documentadas en el proceso, para evitar la ejecución provisional (art. 528.4 LEC). Del escrito de oposición a la ejecución y de los documentos que se acompañen se dará traslado al ejecutante y a quienes estuvieren personados en la ejecución provisional, para que manifiesten y acrediten, en el plazo de cinco días, lo que consideren conveniente.

En principio, la oposición no suspenderá el curso de la ejecución (art.556.2 LEC). Esto puede dar lugar a situaciones complejas en la ejecución provisional de condenas no dinerarias, particularmente en aquellos supuestos en que una vez que se cumple la condena ésta no puede revertirse si eventualmente prospera la oposición, aunque también en aquellos supuestos en que la ejecución provisional no debió haberse despachado por no ser posible o haberse convenido que no se ejecutaría provisionalmente. Me centraré en los supuestos de

2. En este punto vale la pena hacer un inciso, ya que esta limitación legal de acreditar documentalmente el cumplimiento de ellas parece bastante inadecuada, pues es muy poco probable que un condenado que cumple voluntariamente una prestación de dar, hacer y sobre todo de no hacer, se preocupe expresamente de levantar acta acreditando dicho cumplimiento. Entiendo que hay que hacer una interpretación flexible y permitir al ejecutado oponerse al despacho por los motivos legales citados, acreditándolos mediante cualquier medio de prueba que resulte fehaciente. Ver Fernández Ballesteros (2001),p.2697-2698 y Ramos Méndez (2008 p.195).

irreversibilidad de lo ejecutado, por ser el más clamoroso. Por ejemplo, el caso de que se condene a un actor a grabar una película o a una empresa que se la condene a permitir el acceso de todo público a su página web. El legislador, consciente de este riesgo, prevé que en estos supuestos se pueda suspender la ejecución, pero la norma es escueta y deja bastantes cabos sueltos, como qué sucede en el tiempo en que se tramita el incidente de oposición, qué sucede con el cumplimiento de la intimación judicial o requerimiento previsto en el art.699 LEC o cómo se puede asegurar la efectividad de la eventual estimación de la oposición. El presente estudio tiene por objeto analizar estos supuestos, los aspectos problemáticos y sus posibles soluciones.

2. La dificultad de reversión de la ejecución provisional de condenas no dinerarias

El legislador dispone que, al ejecutarse provisionalmente una condena no dineraria, el tribunal deberá suspender aquel proceso de ejecución si estima que, de revocarse posteriormente la condena, sería imposible o extremadamente difícil restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o garantizar el resarcimiento mediante la caución que el solicitante se mostrase dispuesto a prestar. La suspensión será acordada mediante auto, sin perjuicio de que se mantenga el o los embargos practicados, así como las medidas de garantías acordadas o incluso se prevé que se puedan acordar nuevas medidas (art.530.2 LEC).

Los efectos de la revocación de la ejecución provisional de condenas no dinerarias se regulan específicamente en el artículo 534 LEC, que distingue el tipo de condena no dinerarias de que se trate. A continuación, analizaré los supuestos más problemáticos o dudosos, en que se hace patente las dificultades que puede conllevar la reversión de la condena ejecutada provisionalmente.

2.1. Condena a dar o entregar un bien determinado

Si la resolución que se hubiera revocado condenaba a la entrega de un bien determinado, se deberá restituir el mismo al ejecutado, en el concepto en que lo hubiere tenido, además de las rentas, frutos, productos o el valor pecuniario por la utilización del bien (art.534 LEC).

Ahora bien, puede que esto no sea tan sencillo, ya sea porque la entrega provoque perjuicios al ejecutado que tengan un contenido que sobrepase lo meramente económico o porque una vez que se produzca la entrega del bien en el marco de la ejecución provisional aquel bien podrá ser adquirido por terce-

ros, gravado o arrendado. Es cierto que el legislador prevé la restitución del bien determinado deviene en imposible, entonces no quedará más remedio que acudir a la indemnización de daños y perjuicios, que serán liquidados por el procedimiento establecido en el art. 712 y ss. LEC. No obstante, dependiendo del bien de que se trate y de las circunstancias del caso concreto, puede que la indemnización de perjuicios no sea una respuesta adecuada. Además, no puede olvidarse que los tribunales deben procurar que la ejecución se lleve a cabo en sus propios términos, y sólo se deberá acudir al equivalente pecuniario cuando no quede otra salida (art.24 CE y 18.2 LOPJ).

Por ejemplo, se ejecuta una sentencia de desahucio de una vivienda, y el tribunal de ejecución en el propio auto de despacho acuerda el lanzamiento de la vivienda en un plazo de dos meses. El ejecutado se opone y pide la suspensión justificando que irse de la vivienda con sus hijos menores o mayores dependientes generaría daños irreversibles. O pensemos en el caso de que el propio ejecutado sea una persona de edad avanzada que ha vivido toda su vida en el inmueble que se debe entregar. Sacar a ese ejecutado de su hogar puede tener consecuencias para su salud física y/o mental que no tengan vuelta atrás y que, desde luego, no sean compensables con dinero si posteriormente la ejecución se revierte. Así lo ha entendido la jurisprudencia, la SAP de Madrid 299/2004 de 27 de abril³ que admitiendo la oposición a en una ejecución no dineraria de entrega de un inmueble efectúa un razonamiento muy completo sobre esta materia:

«La demandada, apelante, quiere mantenerse en la posesión de la vivienda, única con la que cuenta, como ocupante que lo ha sido durante años, destaca su edad longeva, su estado de salud y la ausencia de una capacidad económica que le permita adquirir o ocupar una vivienda de similares características. Con semejantes premisas, atendiendo al objeto de la ejecución, considera este Juzgador que la imposibilidad de restaurar la situación originaria si la sentencia ejecutada provisionalmente fuera revocada se evidencia sin especiales previsiones hipotéticas. Piénsese así que la ejecutante provisional —a pesar de manifestar que si la sentencia fuese revocada garantizaría la inmediata vuelta de los ejecutados a su situación originaria, propuesta voluntarista, y además ofrece caución para garantizar los daños y perjuicios que se le pueden generar—, una vez que contara con la posesión de la vivienda, podría realizar actos jurídicos no prohibidos que pudieran ir desde contraer un nuevo arrendamiento o derecho asimilado a transmitir la vivienda a un tercero con acceso registral que pudiera ganar la condición de tercero hipotecario o constituir una garantía de carácter real, que a buen seguro impedirían o dejarían en la mera incertidumbre la expectativa de los ejecutados para recuperar por entero y pacíficamente la posesión originaria. La posibilidad, por tanto, de que el ejecutante

3. El destacado no pertenece a la resolución original, se ha incluido para una mejor comprensión.

*provisional efectúe actos de enajenación, gravamen o de administración que ocasionen en la inejecutabilidad de la sentencia posterior que revoque la de primera instancia, nos sitúa en el plano de las hipótesis concretas ante la certidumbre de la imposibilidad de restaurar. Y estimando que ello es suficiente para acoger la oposición, **tampoco la alternativa legal por la compensación económica de los perjuicios y daños que a la parte ejecutada se le pudiera generar con la ejecución provisional merece una precisa garantía.** No puede olvidarse que es difícil que un tercero razone sobre los daños y perjuicios que la desposesión puede generar en quien guarda su expectativa a ver reconocida su pretensión ante el órgano superior, como también lo es que vislumbre la realidad concreta y personal del disgusto, la incomodidad, la contrariedad, la preocupación o desasosiego generado por una desposesión pendiente de quien debe decidir sobre su firmeza. Considerar en suma que bienes que por rebote pertenecen al acervo extrapatrimonial o de la personalidad, al haber espiritual de la persona, o a bienes materiales como la salud u otros análogos, que pueden quedar afectados por el lanzamiento de la vivienda que desde tiempo se ocupa, sin olvidar el apego al barrio, a su forma de vida o costumbres, pueden ser perfectamente equilibrados por una hipotética indemnización de daños y perjuicios supondría admitir el riesgo de «patrimonialización» de todas las relaciones y situaciones jurídicas, y obligaría a la cuantificación de una indemnización sobre bases sumamente discutibles. Los problemas serían mayores y sitúan la posición futura de las partes en franca desproporción, lo que, a juicio de este Juzgador, constituyen causas más que justificadas para que la ejecución provisional del caso concreto continúe».*

Trasladando dicha doctrina jurisprudencial al presente supuesto resulta: 1.—que los ejecutados vienen residiendo en la vivienda objeto de ejecución desde 1968; que ambos ocupantes cuentan con edad avanzada; 2.—que dicha vivienda constituye el único hogar utilizado por los ejecutados; 3.—que D. Marcos Terán padece enfermedad degenerativa que limita sus facultades intelectivas, habiendo asumido su defensa la esposa también ejecutada.

De tales premisas debe concluirse que los perjuicios derivados de la ejecución provisional de la sentencia de desahucio, en cuantos derivados de la desposesión, búsqueda de nueva residencia apta para su uso por el esposo y con un coste similar al de la arrendada, la mudanza, la alteración de costumbres, el desarraigo vecinal y de atención médica del esposo, la intranquilidad y preocupación derivado del desalojo, resultan de extrema dificultad reparatoria, no resultando indemnizables y cuantificables en cuanto íntimamente unidos a los derechos de la personalidad.»⁴

En supuestos como los descritos el tribunal debiera admitir la oposición y suspender la ejecución, pero sigue subsistiendo un problema importante. Mientras el tribunal resuelve el incidente de oposición, ¿qué pasará con el lanza-

4. En cambio, en una ejecución no dineraria de una resolución de un contrato de arrendamiento de industria que ordenaba el desahucio y la entrega de posesión de una estación de servicio, el tribunal consideró que no cabe la oposición, puesto que, si se revoca aquella resolución, el daño provocado es perfectamente susceptible de compensarse mediante una indemnización de daños y perjuicios. JPI Num. 73 de Madrid, de 30 de octubre de 2011 (JUR 2013\234296)

miento?, ¿siguen corriendo los plazos?, ¿se aplicarán los apremios legales previstos para el incumplimiento? Es muy probable que el tiempo de resolución de aquel incidente sobrepase con creces el plazo estipulado para el lanzamiento.

2.2. Condena a un hacer/no hacer

En principio, si se revoca una resolución judicial que condena a un hacer y éste se hubiera realizado, el ejecutado podrá pedir que se deshaga lo hecho y que se le indemnice por los daños causados. No obstante, en muchas ocasiones puede que ello no sea posible, ya sea porque no se puede deshacer, o porque se requieren actos de terceros, como permisos del ayuntamiento o de una comunidad de propietarios, por ejemplo. Tampoco se distingue entre condenas de hacer/no hacer personalísimas o no personalísimas. Las primeras son especialmente problemáticas, ya que, una vez realizado el hacer personalísimo, volver atrás puede no tener ningún sentido, y puede que una indemnización pecuniaria sea inadecuada o insuficiente para restituir al ejecutado a la situación jurídica anterior. Intentaré explicarme a través de un ejemplo. Se ejecuta provisionalmente una resolución judicial que condena cancelar en el Libro de Registro de socios a un socio (que puede ser el ejecutado aunque también la sociedad que lo reconoció indebidamente) y ordena a no reconocerlo como socio. Como es sabido, en el caso de que las acciones o participaciones sean nominativas, la sociedad sólo reputará socio a quien se halle inscrito como tal en el Libro de Registro de Socios (art. 104.2 LSC), y el daño inherente que provocaría en el tráfico jurídico societario la cancelación de un socio puede provocar situaciones irreversibles e irreparables: actos de disposición, aumentos o reducciones de capital, entrada de nuevos socios o pasar a tener un socio único, repartos de dividendos, etc. En fin, parece bastante evidente que la ejecución provisional impetrada causaría daños irreversibles al socio, al privarlo de un reconocimiento de la titularidad jurídica sobre la participación social y de todos los derechos políticos y económicos de que goza el socio inscrito, y a la sociedad, que podría ver peligrar su viabilidad. Se ha de tener en cuenta, además, que las decisiones adoptadas por la Junta General afectarán a terceros.

Ante este panorama, el ejecutado formula oposición, pero si en el transcurso de tiempo en que se resuelve aquella oposición se ejecuta la condena, la oposición quedará vacía de contenido y por lógica, no debería cumplirse con la orden judicial mientras no se resuelva el incidente de oposición a la ejecución.

3. La suspensión cautelar de la ejecución provisional en caso de oposición

En los supuestos como los descritos, aunque el ejecutado se oponga a la ejecución provisional y pida su suspensión por que la reversión sería imposible o muy compleja, subsiste el riesgo inherente derivado del tiempo que transcurre entre la interposición del escrito de oposición y su resolución, que puede dar lugar a que se ejecute la condena en este interín y que la oposición quede vacía de contenido, con lo cual nos abocaríamos irremediablemente a la indemnización pecuniaria.

Para evitar estas situaciones paradójicas, considero que el ejecutado al momento de oponerse e impugnar la ejecución, debe poder pedir que se suspenda ésta, al igual que la intimación judicial que lo compele a cumplir con la condena (art.699 LEC) y así deberá expresarlo en su escrito de oposición.

El art. 529 LEC que regula la sustanciación de la oposición a la ejecución, no contempla expresamente la suspensión de la ejecución junto con la admisión a trámite de la oposición a la ejecución provisional. El art. 529.2 LEC simplemente dispone que *«del escrito de oposición a la ejecución y de los documentos que se acompañen se dará traslado al ejecutante y a quienes estuvieren personados en la ejecución provisional, para que manifiesten y acrediten, en el plazo de cinco días, lo que consideren conveniente.»* Por tanto, parecería que el tribunal no debe en este momento hacer nada más que dar curso al incidente, sin verse afectada la ejecución, ya que la regla general es que, incluso en la ejecución definitiva de resoluciones judiciales, la oposición no suspenderá el curso de la ejecución (art.556.2 LEC).

Ahora bien, la mejor doctrina ha considerado que incluso esta norma es excesiva. Cachón Cadenas sostiene que, aunque la suspensión de la actividad ejecutiva no esté contemplada expresamente por la Ley en ciertos casos —a propósito de oposición de ejecución dineraria—, el tribunal puede decretarla igualmente, ya que también debe asegurarse la efectividad del derecho de defensa del ejecutado, evitando que éste sufra perjuicios que, posteriormente, podrían revelarse como injustificados. El autor entiende que este aspecto no puede ignorarse a la hora de la interpretación y aplicación de las normas que regulan la suspensión a la ejecución.⁵

En esta tesitura, es lógico que si la oposición a la ejecución por ser imposible o muy difícil su reversión es un motivo que el legislador considera suficiente

5. Cachón Cadenas (2000), p. 3157.

para suspender su curso tras tramitar el incidente de oposición, como contempla el art. 530.2 LEC, entonces con mayor razón deben avanzarse estos efectos al momento de la admisión a trámite de una oposición a la ejecución provisional por este motivo. Entender lo contrario privaría al incidente de oposición a la ejecución de contenido anticipadamente, puesto que, mientras se tramita, el ejecutado se vería constreñido a cumplir con algo irreversible, cuando justamente, el sistema procesal considera que no era posible la ejecución provisional.

Este supuesto es perfectamente asimilable a otros en los que el legislador sí ha contemplado expresamente la posible suspensión de lo dispuesto en la resolución cuando de no hacerse así la actuación de la parte carecería de sentido. Por ejemplo, en el ámbito del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, el artículo 228.2 LEC determina la suspensión de actuaciones cuando de continuarse el proceso se haga perder la finalidad del incidente excepcional de nulidad de actuaciones y, en el ámbito del recurso de amparo, el art. 56.2 LOTC establece lo mismo en el caso de recurso de amparo. *Mutatis mutandi*, es lo que acontece en los supuestos descritos, puesto que se insta una oposición a la ejecución provisional por no ser posible, y de llevarse a cabo, la oposición pierde el sentido. Ciertamente, en el incidente excepcional de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo, se trata de posibles vulneraciones de derechos fundamentales, pero también está en juego un derecho fundamental en la oposición a la ejecución provisional cuando ésta es de imposible reversión. Es el derecho a la efectividad de la tutela judicial sin indefensión del ejecutado, que se esfuma de no atenderse a lo peticionado cautelarmente cuando lo resuelto tampoco es firme.

Esta solución es más simple y económica que exigir la solicitud de una medida cautelar. Esta medida cautelar, dentro del proceso de ejecución, tiene un difícil recorrido puesto que nuestra regulación de las medidas cautelares las contempla para los procesos declarativos y las considera incompatibles con la ejecución. Una vez existe sentencia estimatoria de la demanda, las medidas cautelares se alzan si no se solicita la ejecución, en virtud de la accesoriedad de las medidas cautelares al principal (art. 731.1 LEC). Además, se trata de una medida cautelar que debería pedir el ejecutado, para proteger sus derechos en el incidente, que difícilmente puede considerarse un actor principal o reconvenicional (art. 721.1 LEC). En fin, el ejecutado tampoco podría iniciar un juicio declarativo para denunciar la improcedencia de la ejecución y junto a él pedir una medida cautelar de suspensión de la ejecución, puesto que justamente el contenido de este declarativo sería ya el objeto del incidente de oposición.

Cuestión distinta es si la suspensión de la ejecución provisional debe ser automática con la admisión a trámite del incidente de oposición, o bien debe que-

dar sujeta a criterios legales que dependan del caso concreto. En una situación como la que contemplamos, en que el legislador no contempla expresamente esta suspensión, entendemos que no puede ser automática, sino que deberá depender de una valoración a los efectos cautelares de lo que es el motivo de oposición a la ejecución y su aplicación al caso concreto. Es decir, en el caso de la ejecución provisional de condenas no dinerarias a las que el ejecutado se oponga por imposibilidad o serias dificultades para su reversión, dependerá de una valoración cautelar de esta imposibilidad, previa a oír al ejecutante en el incidente de oposición. Se volverá más adelante sobre los criterios que debe tener en cuenta el juez.

La suspensión automática no me parece una opción acertada, ya que en muchas ocasiones la reversión es perfectamente compensable con dinero. Por ejemplo, en las condenas a entregar bienes genéricos, que son fáciles de adquirir en el mercado y no presentan ninguna característica particular. En estos casos, si el ejecutante presta una caución suficiente para responder por los eventuales daños y perjuicios irrogados, entonces no estaría justificada la suspensión, y en pro de la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución, la ejecución provisional debe proseguir.

Por otra parte, para minimizar el peligro y la incertidumbre que supone el transcurso del tiempo de resolución judicial, en estos casos la tramitación del incidente deberá tener un carácter preferente, de forma similar a lo previsto para la ejecución provisional de las sentencias en que se tutelen derechos fundamentales (art.524.5 LEC). De hecho, esta tramitación preferente, si se conjuga con la suspensión cautelar de la ejecución provisional junto con la admisión del incidente de oposición, también permitiría dar una satisfacción más completa al derecho a la ejecución del ejecutante, que podría saber de forma rápida si la oposición carece de fundamento.

En definitiva, el legislador parece haberse olvidado de contemplar la suspensión de la ejecución provisional junto con la admisión del recurso en supuestos en que es necesaria por lógica, omisión que debe ser suplida con una lectura razonable de la ley y favorable a la tutela efectiva de la posición del ejecutado.

4. Obligación del ejecutado a cumplir con la intimación judicial

Como he mencionado, en la ejecución de condenas no dinerarias en el propio auto de despacho el tribunal requerirá al ejecutado para que cumpla, normalmente dentro de un plazo, en los propios términos lo que aparezca en el título ejecutivo. Junto con aquel requerimiento, el tribunal podrá apercibir al ejecutado con apremios personales y/o multas pecuniarias. Por lo que, si el ejecuta-

do que se ha opuesto al despacho de ejecución no cumple con su condena en el plazo indicado en el requerimiento, puede verse multado o incluso puede abrirse un proceso penal por desobediencia a la autoridad en su contra.

Por otra parte, puede haber intimaciones que exijan un cumplimiento inmediato de una obligación, como pueden ser las obligaciones de no hacer. Por ejemplo, si la sentencia que se ejecuta condena a una empresa a dejar de emitir humos o sonidos, en el propio auto de despacho de ejecución el tribunal ordenará a la empresa ejecutada que deje de emitir esos humos o sonidos *ipso facto*, bajo los apercibimientos legales que correspondan. Si aquella empresa ejecutada se opone a la ejecución y considera que, si no se suspende, la reversión es imposible o muy compleja, porque las máquinas de la empresa ejecutada no se pueden parar, surge la duda de qué sucede con la obligación procesal que pesa sobre el ejecutado de cumplir con la intimación y las consecuencias de su incumplimiento.

Considero que para evitar consecuencias desproporcionadas e injustas sobre el ejecutado, y para asegurar su debida defensa, en aquellos casos en que el ejecutado se oponga a la ejecución provisional de la ejecución no dineraria por los estrictos motivos legales previstos, y que sostenga que el cumplimiento de la intimación judicial resulta imposible para que no se frustre la finalidad de la oposición a la ejecución, podrá pedirle al tribunal no sólo la suspensión de la ejecución sino también que deje sin efecto o que suspenda la intimación judicial o requerimiento dictado que impone medidas ejecutivas concretas. Puede incluso ser posible que esta suspensión sólo se refiera a alguna de las intimaciones acordadas por el tribunal, dando cumplimiento a otras.

Pero ¿es exigible que el ejecutado que cumpla con la intimación judicial mientras no se resuelve sobre la suspensión cautelar de la ejecución o del requerimiento? ¿Se configura ya un incumplimiento de la orden judicial susceptible de sanción? ¿Incluso si, con posterioridad, se acuerda la suspensión de la ejecución por imposibilidad de su reversión?

Estas cuestiones no tienen fácil solución, pero en mi opinión, no tendría ningún sentido permitirle al ejecutado oponerse, pero al mismo tiempo obligarlo a cumplir con la intimación judicial, aplicando los apercibimientos legales en caso de incumplimiento. Por lo tanto, entiendo que, si el ejecutado se opone a la ejecución provisional decretada sin audiencia del ejecutado, el plazo concedido en dicha intimación debería quedar suspendido hasta que el tribunal resuelva sobre su suspensión cautelar o en todo caso sobre su oposición. Si la intimación no preveía un plazo, sino que establecía el cumplimiento *ipso facto* de la obligación, entonces debería dejarse sin efecto. La parte que se opone a la medida cautelar sin audiencia, deberá referirse expresamente a los efectos

de la intimación judicial, ya sea para solicitar su suspensión como para dejarla sin efecto.⁶

En todo caso, de estimarse la oposición a la ejecución provisional por este motivo o de acordarse la suspensión cautelar, cualquier incumplimiento que se haya producido debe quedar subsanado y considerarse inexistente, puesto que la intimación o requerimiento no debió nunca haberse realizado o no debió surtir efectos. Desde luego, el ejecutado corre un riesgo en caso de no dar cumplimiento a la intimación judicial mientras el tribunal no resuelve, pero nadie mejor que él para valorar si el buen fundamento de su oposición a la ejecución provisional merece la pena correrlo.

5. Criterios para suspender la ejecución provisional de condenas no dinerarias y dejar sin efecto las intimaciones judiciales dictadas

La doctrina se ha mostrado crítica con el legislador por no haber establecido ningún criterio que permita discernir cuándo había de estarse a la imposibilidad de restaurar al ejecutado a la situación anterior a la ejecución provisional y cuando se ha de resarcir los daños y perjuicios causados.⁷ Por tanto, a continuación, sintetizaré los criterios que la jurisprudencia tiene en cuenta a la hora de suspender la ejecución no dineraria.

5.1. Daño: naturaleza y magnitud

En primer lugar, deberá analizarse la magnitud y el tipo o naturaleza del daño que podría provocarse. Además, entiendo que no basta con alegar daños hipotéticos o eventuales, sino que se requiere que sean daños reales y efectivos. El ejecutado tendrá la carga de acreditar los motivos en que basa su oposición y tendrá que concretar el tipo de daño que se puede provocar si no se suspende la ejecución y su carácter, no siendo suficiente la mera alegación.

Al momento de valorar la naturaleza y magnitud del daño, el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias personales de los ejecutados si es que éstas son determinantes para valorar el impacto del daño y determinar si éste es

6. Esta situación también puede darse en sede de medidas cautelares cuando se acuerda una intimación judicial de hacer o no hacer inaudita parte y el demandado, sujeto pasivo de la medida formula oposición. Mientras se estudia esa oposición, entiendo que no puede exigirse al sujeto pasivo su cumplimiento. Ver Ruiz de la Fuente, Consuelo (2011) p. 260

7. Achón Bruñen, (2020), p. 13.

susceptible de ser compensado mediante una suma de dinero. En este sentido se ha manifestado la SAP de Madrid 299/2004 de 27 de abril:

«Se alega por la parte ejecutante que es voluntad de la Ley el no tener en cuenta las circunstancias personales de los ejecutados —que por su natural diferencia supondrán resoluciones diferentes—, es igual voluntad del legislador la obtención de la ejecución provisional de las sentencias de desahucio.

Tales alegaciones deben ser desestimadas; y ello porque nada impide a los Tribunales valorar las cuestiones personales y circunstancias de tal índole concurrentes en las partes para valorar la extrema dificultad o la posibilidad de compensación o no; y porque la citada Ley no ha alterado el régimen de la ejecución provisional o definitiva, sin que la fijación de día y hora para el lanzamiento suponga que necesariamente el mismo haya de producirse, sino simplemente que ser así acordado de modo provisional o definitivo, tal lanzamiento se realizará en dicha fecha.»

5.2. Reversión: carácter

En segundo lugar, deberá considerarse el carácter de la posible reversión. Para suspenderse, esa reversión deberá ser imposible o revestir una extrema dificultad. Por otra parte, la imposibilidad podrá ser material o jurídica.⁸

En la posibilidad de reversión, otro aspecto a valorar es el impacto que puede significar aquella sobre actuaciones promovidas por terceros, ajenos a la ejecución.

Por ejemplo, un tribunal podría apreciar que concurre la imposibilidad o extrema dificultad de reversión por la posibilidad, que entiendo debe ser suficientemente concreta y acreditada, que los bienes objeto de la ejecución puedan ser alquilados, gravados o vendidos. Así, el AAP de Barcelona 1047/2020 de 21 de febrero:

«(...) se dicta auto por el que se estima la oposición a la ejecución provisional instada por la representación procesal de DOÑA Ofelia, y en su virtud, se deja en suspenso la ejecución provisional acordada por auto de fecha 31 de mayo de 2016, al apreciar la juzgadora de primera instancia la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior dada la posibilidad de que la propietaria pudiera alquilar o vender la vivienda a un tercero, y por la extrema dificultad de compensar económicamente a la ejecutada, los posibles daños y perjuicios.»

8. Damián Moreno, Juan (2000), p.2510.

5.3. Intervención mínima o proporcionada

En tercer lugar, el tribunal de ejecución debe procurar intervenir lo menos posible en la esfera patrimonial del ejecutado, o hacerlo de forma proporcionada. Esta proporcionalidad o intervención mínima es una manifestación de la tutela judicial efectiva (art.24 CE). Por lo tanto, el tribunal siempre deberá preferir adoptar aquellas medidas que resulten menos gravosas para el ejecutado e igualmente eficaces para garantizar el derecho de ejecución de la parte ejecutante. A este respecto, debemos recordar que la ejecución provisional no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que es un derecho de configuración legal, y que el Tribunal Constitucional ha aceptado la suspensión de las actuaciones de ejecución de un proceso civil cuando *«la ejecución de lo acordado acarrea perjuicios patrimoniales difícilmente reparables por su entidad, por la imposibilidad de repercutir su costo o por la irreversibilidad de las situaciones jurídicas que puedan producirse, como ocurre en los casos en que, por la ejecución de lo acordado, se produce la transmisión irrecuperable del dominio sobre un bien determinado»*, nos recuerda el Auto del Tribunal Constitucional núm. 213/2009 de 9 julio (RTC\2009\213 AUTO), citando el Auto del Tribunal Constitucional núm. 565/1986, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:1986:565A)² y el Auto del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de núm. 52/1989 de 30 enero (RTC 1989\52 AUTO)³, relativos a los daños que causa un cambio de titularidad jurídica de un bien.

Por el contrario, si el tribunal considera que los daños que pueden producirse si se revierte la ejecución provisional no dineraria son daños perfectamente reparables, entonces deberá imponer al ejecutante prestar una caución suficiente para responder por los eventuales daños y perjuicios. El ejecutante deberá ofrecer prestar aquella caución al momento de impugnar la oposición a la ejecución provisional. En tal sentido el apartado 3º del art. 529 LEC afirma que *«... 3. Si se tratase de ejecución provisional de sentencia de condena no dineraria y se hubiere alegado la causa segunda del apartado 2 del artículo 528, de oposición a la ejecución provisional, el que la hubiere solicitado, además de impugnar cuanto se haya alegado de contrario, podrá ofrecer caución suficiente para garantizar que, en caso de revocarse la sentencia, se restaurará la situación anterior o, de ser esto imposible, se resarcirán los daños y perjuicios causados...»*.

En este sentido se ha venido manifestando la jurisprudencia, que entiende que esta caución es exigible al ejecutante en una ejecución provisional no dineraria. El Auto de 15.10.2019 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid (JUR 2020\13304) dice:

«Ahora bien, siendo ello cierto, también lo es que encontrándonos ante un eventual daño completamente reversible a través de la oportuna indemnización pecuniaria resarcitoria de la ganancia dejada de obtener, del daño emergente y del perjuicio reputacional, la ejecutante está obligada a aportar garantía, caución o cautela bastante de que tales daños que pudieran irrogarse a la ejecutada [-por sí y a su red de distribución-] aparecen asegurados.»

También el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Murcia, de 26 octubre 2010 (AC 2011\639) deniega que prosiga a ejecución provisional no dineraria porque el ejecutante no ofreció prestar caución suficiente para garantizar el pago de los daños que se justificaban por el ejecutado:

«Pero es más, la parte ejecutante podría, de acuerdo con el artículo 529.3 Ley de Enjuiciamiento Civil, haber ofrecido caución suficiente para garantizar que, en caso de revocarse la sentencia, se restauraría la situación anterior o, de ser esto imposible, se resarcirían los daños y perjuicios causados a la ejecutada, cosa que no ha hecho, lo que permite deducir que en realidad no cuenta con la solvencia financiera que afirma tener.

Visto lo anterior, y entendiendo que la oposición a la ejecución provisional formulada por «Pramac Ibérica, S.A.» encuentra encaje en las causas previstas en el artículo 528.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede estimar este motivo de oposición y declarar, por tanto, la suspensión de la obligación de hacer impuesta en el Auto y Decreto de 15 de septiembre de 2010, consistente en desmontar y retirar la maquinaria e instalaciones que forman parte de la Planta de Cogeneración Eléctrica, con apercibimiento de ejecución por un tercero.»

En conclusión, si el tribunal considera que el daño que puede provocar la reversión de la ejecución es imposible de reparar mediante una suma de dinero o bien que la reparación del daño es de extrema dificultad, deberá suspender el proceso de ejecución provisional e incluso debiera rechazar la caución ofrecida por el ejecutante en su escrito de impugnación a la oposición a la ejecución provisional.⁹ Ya que, en estos casos, se entiende que la compensación económica no garantiza en forma adecuada la restitución de los derechos del ejecutado a la situación si se revierte la ejecución.

9. En este sentido se manifiesta Achón Bruñen: «A nuestro juicio, el Juez debe ser cauteloso, inadmitiendo la caución en supuestos en que resulte dudoso si la misma va a cumplir su finalidad de resarcimiento, de manera que a la menor duda deberá estimar la oposición y suspender la ejecución si pudiere ocasionar unos daños irreparables al ejecutado en caso de revocarse la sentencia.» (2020), p. 13. En el mismo sentido, Magro Servet, (2001), p. 6-7.

5.4. *Periculum in mora*

Como he mencionado, además de acreditar la concurrencia de los criterios necesarios para que se decrete la suspensión, será necesario suspender o dejar sin efecto la intimación judicial que requiere al ejecutado a cumplir con aquella condena de dar, hacer o no hacer en los términos establecidos en el título. Para ello, el ejecutado tendrá que acreditar que la demora o el transcurso de tiempo que conlleva la tramitación del incidente de oposición puede consolidar los efectos que precisamente pretende evitar el ejecutado con su oposición. Se puede aplicar por analogía lo que sucede en sede cautelar, con el *periculum in mora*. Esto es que, de no adoptarse la medida de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, o en este caso el incidente de oposición, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

El requisito del *periculum in mora* se debe concretar, según la doctrina, en un peligro actual que, obviamente, reforzado por el tiempo que transcurrirá hasta que se dicte sentencia o se resuelva el incidente, pueda impedir la eficacia de la futura sentencia estimatoria. En consecuencia, el solicitante deberá acreditar cuales son los hechos que fundamentan la existencia actual, siquiera indiciaria, del peligro alegado y que pueden determinar que, contestados en el futuro, impidan que pueda hacerse efectiva la eventual sentencia estimatoria.

6. Adopción de medidas asegurativas tras acordar la suspensión

El legislador, consciente de que no puede dejar desamparado los derechos del ejecutante, insta al tribunal de ejecución a mantener la vigencia de los embargos y medidas de garantía adoptadas con anterioridad, o incluso lo faculta a adoptar otras medidas de garantía consideradas idóneas para asegurar la efectividad de la ejecución suspendida (art. 530.2 LEC que se remite también al art. 700 LEC), salvaguardando las futuras responsabilidades en caso de que la sentencia no pueda ser ejecutada definitivamente en sus propios términos.

Hay que considerar que, si se estima la oposición y se suspende la ejecución, pero posteriormente la sentencia se confirma, el ejecutante puede haber sufrido daños y perjuicios derivados de aquella suspensión. Pero no podrá reclamarlos y liquidarlos en ejecución a través de los trámites establecidos en el art. 712 y ss LEC, pues no está previsto. Así lo sostiene la Audiencia Provincial de Barcelona, al resolver si procede o no la indemnización de daños y perjuicios cuando se suspende la ejecución provisional de una ejecución no dineraria, en el Auto 105/2020 de 21 de febrero:

«Por lo tanto, la opción de oponerse a la ejecución despachada es lícita, en ejercicio del derecho de defensa que asiste a la parte ejecutada, sin que los artículos que regulan la ejecución provisional prevean indemnización alguna para el caso de que se estime la oposición y se suspenda la ejecución provisional, sin que quepa efectuar una interpretación extensiva o analógica de los referidos preceptos legales.

Si la parte demandante considera que la ocupación por la demandada de la vivienda de autos le ha producido un perjuicio que debe ser indemnizado, deberá acudir a un procedimiento ordinario en el que se declare la existencia de los daños y perjuicios causados.

Por tanto, en estos supuestos el ejecutante no tendrá más remedio que interponer un nuevo proceso declarativo, con todas las dilaciones que ello supone. De ahí que pueda ser determinante la adopción de medidas asegurativas al momento de admitir la oposición y suspender la ejecución.

Cuando la ejecución verse sobre bienes inmuebles, la medida asegurativa más idónea será la anotación preventiva de sentencia (art.524.5 LEC). En el resto de supuestos se podrán adoptar otras medidas asegurativas dependiendo del caso concreto, como la anotación preventiva de embargo, la constitución de depósitos judiciales u órdenes de retención judicial.

7. Consecuencias en relación con las costas del incidente de oposición

El Real Decreto-ley 6/2023 de 19 de diciembre¹⁰, introduce una importante reforma en materia de costas en la ejecución provisional. Así, se introduce el artículo 527.5 LEC: *«No serán a cargo del ejecutado las costas del proceso de ejecución provisional siempre y cuando hubiese cumplido con lo dispuesto en el auto que despachó la ejecución dentro del plazo de veinte días desde que le fue notificado.»*

Por lo tanto, si el ejecutado no cumple con las intimaciones judiciales en el plazo de veinte días desde que se le notificó el auto de despacho con las intimaciones concretas, se le imputarán las costas del proceso de ejecución. Este hecho refuerza aún más la idea de que en el escrito de oposición a la ejecución provisional, que se ha de presentar en un plazo de cinco días desde la notificación del auto de despacho, el ejecutado pida expresamente que se deje sin efecto o se suspenda las obligaciones procesales contenidas en la intimación judicial dictada.

10. Vigente desde el 20 de marzo de 2024.

8. Conclusiones

Si el ejecutado se opone a la ejecución de condenas no dinerarias, por considerar que su reversión causaría perjuicios irreparables, de muy difícil reparación o cuyo contenido sobrepase lo meramente económico, el tribunal deberá suspender la ejecución. Si, además, existe un riesgo por la demora procesal o *periculum in mora*, de que mientras se resuelva el incidente de oposición éste quede vacío de contenido, el ejecutado al momento de oponerse y pedir la suspensión, deberá pedir que la ejecución provisional y la intimación judicial que le compele quede sin efecto o al menos, suspendida. Más, aún, teniendo en cuenta que, si el ejecutado no cumple con lo dispuesto en el auto de despacho de la ejecución provisional en el plazo de los veinte días siguientes a la notificación de éste, se le impondrán las costas del incidente.

En su escrito de oposición deberá alegar y justificar la concurrencia de ciertos criterios que serán clave para que el tribunal esté en condiciones de resolver adecuadamente, esto es, la naturaleza o magnitud del daño, el carácter de la reversión, la intervención mínima o proporcionada en la esfera patrimonial del ejecutado y el peligro de que la demora en la tramitación procesal deje a la oposición vacía de contenido.

Ante esta solicitud el tribunal deberá ser flexible, pues no sólo debe tener en cuenta el derecho a la ejecución del ejecutante, sino que debe asegurar también la efectividad del derecho de defensa del ejecutado. El tribunal deberá atender las particularidades del caso concreto, incluso aunque ello signifique valorar las circunstancias personales del ejecutado, pues en definitiva de los que se trata es evitar consecuencias desproporcionadas e injustas sobre el patrimonio de las partes.

La prestación de la caución por parte del ejecutante para garantizar que en caso de revocarse la sentencia se restaurará la situación anterior o, de ser esto imposible, se resarcirán los daños y perjuicios causados, no es óbice para que el tribunal inadmita la oposición y solicitud de suspensión de la ejecución provisional no dineraria, ya que el tribunal puede considerar que una indemnización de daños y perjuicios en dinero no es suficiente para garantizar la posible reversión.

Por último, al momento de resolver la oposición y la suspensión, el tribunal también podrá adoptar todas aquellas medidas idóneas y necesarias para asegurar la efectividad de la ejecución suspendida y el derecho a la ejecución del ejecutante. El juzgador tendrá la difícil tarea de encontrar el equilibrio entre los derechos de ejecutante y ejecutado, atendiendo las circunstancias del caso concreto, cuenta con herramientas legales para hacerlo posible.

Para terminar, deberíamos reflexionar sobre hasta qué punto la posición sostenida en este trabajo sobre la suspensión cautelar de la ejecución provisional debido a la oposición es trasladable también, a aquellos otros supuestos de oposición a la ejecución provisional por no ser ésta procedente. En efecto, de estar excluida la ejecución provisional por el legislador, por ejemplo, en los supuestos de condenas declarativas, o que entrañen la modificación de Registros Públicos, o referirse a indemnizaciones por vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pero aquella se ha despachado indebidamente, la estimación de la oposición debe llevar a que se declare que no ha lugar a la oposición y al alzamiento de las medidas adoptadas (art. 530.1 LEC). Por tanto, no debería haberse cumplido con nada de lo que haya sido el objeto de la ejecución provisional desde el principio. En la medida en que puedan darse situaciones irreversibles en estos casos, análogos a los analizados a lo largo de este trabajo, considero que también podría llegar a aplicarse la misma solución.

9. Bibliografía

- ACHÓN BRUÑEN; M. José, «Problemas que suscita la oposición a la ejecución provisional y a actuaciones ejecutivas concretas a los 20 años de promulgación de la LEC», *Práctica de Tribunales*, Nº 143, Sección Estudios, Marzo-Abril 2020, Wolters Kluwer, 2020.
- CACHÓN CADENAS, Manuel; *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, Tomo III
- DAMIÁN MORENO, Juan; *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, Tomo III
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel; *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001.
- MAGRO SERVET, Vicente; «La ejecución provisional de las sentencias no dinerarias», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-69, tomo 2, LA LEY, 2001.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco; *Enjuiciamiento Civil*, Atelier, Barcelona, 2008, Tomo I.
- RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo; *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011.

XXII | El triunfo de la estructura simple del embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000

Josep M. Sabater Sabaté
Profesor Asociado de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA TEORÍA DE LA ESTRUCTURA COMPLEJA DEL EMBARGO. 3. LA TEORÍA DEL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LAS MEDIDAS ASEGURATIVAS. 4. LA TEORÍA DE LA ESTRUCTURA SIMPLE DEL EMBARGO. 5. LA ESTRUCTURA SIMPLE DEL EMBARGO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000. 6. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD O PREVENCIÓN Y LA SATISFACCIÓN ÍNTEGRA DEL EJECUTANTE. 7. AGRADECIMIENTO.

1. Introducción

Es difícil destacar en la extensa actividad académica y científica del profesor Cachón cuáles son aquellos temas que ha tratado con mayor entusiasmo y rigor, pero los que le conocemos, sabemos que hay uno de ellos que, desde siempre, ha sido su «niña bonita», la ejecución civil y el embargo como piedra angular. Reproduciendo las palabras del profesor Ramos Méndez en el prólogo a la obra *El embargo*, «atreverse con el embargo es tarea reservada a corredores de fondo de la ciencia procesal, con óptima estructura mental, con solidez y claridad de principios y sin prisas por llegar antes de que el fruto madure. Se trata de una tarea a largo plazo, presta a dejar tirados en la cuneta a aficionados y noveles».

Su obra *El embargo*¹, recibió multitud de premios, pero el mejor estaba aún por llegar y, en poco tiempo la solidez de los dogmas alcanzados por el profe-

1. CACHÓN CADENAS, M., *El Embargo*, 1ª edic., Librería Bosch, Barcelona 1991.

sor Cachón supuso el triunfo de la estructura simple del embargo que aceptó el legislador de la ley de enjuiciamiento civil de 2000.

Y afrontó la estructura del embargo como acto o conjunto de actos que, según el ordenamiento jurídico integran el embargo y producen los efectos jurídicos que el derecho le atribuye, partiendo de la teoría dominante en la época conocida como teoría de la estructura compleja del embargo.

2. La teoría de la estructura compleja del embargo

Parte de la obra del profesor CARRERAS LLANSANA², quien definió el embargo de bienes como «aquella actividad procesal compleja, llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado, que deben sujetarse a la ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de bienes afectados, y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes».

Distinguía este autor dentro del embargo, tres fases dotadas de autonomía conceptual propia: a) la fase de búsqueda y selección de bienes; b) la fase de «traba» o afección de los bienes; y c) la de garantía de la traba. Son fases independientes entre sí, aunque esto no signifique que se encuentren siempre nítidamente separadas, ni que sean fases necesarias, en el sentido de que la anterior sea presupuesto necesario de la siguiente. En ocasiones alguna de ellas falta por completo, sin que su ausencia provoque la nulidad o ausencia del embargo. Sólo la «afección» es esencial; el embargo cobra existencia con esa mera declaración y, si la misma falta, el embargo no puede considerarse verificado; los restantes actos tienen carácter contingente, de modo que si se realizan forman parte del embargo, pero su ausencia no implica la inexistencia del embargo.

El profesor Cachón advirtió que esta teoría así descrita partía de supuestos conceptuales no muy claros, al sostener que la afección de bienes del ejecutado constituía el núcleo esencial del embargo, con lo cual el embargo ya no podría considerarse una actividad compleja. Y si con ello se decía que los demás elementos incluidos en la actividad de embargo tenían carácter accesorio, es decir, que no tenían relevancia respecto de la existencia o inexistencia del embargo, no parecía pues atinente afirmar que también la elección de bienes

2. CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, edit. Bosch, Barcelona 1957, p. 138.

formaba parte del núcleo esencial de actos que integraban el embargo para que tuviera validez.

Según esta teoría, las medidas de garantía de la traba constituían la tercera fase del embargo, pero también se decía que, si bien formaban parte del embargo, no eran elementos esenciales del mismo, de manera que el embargo existía desde el momento de la declaración judicial de afección. A ello objetaba el profesor Cachón, que las medidas de aseguramiento de la traba no formaban parte de la estructura del embargo ni siquiera con el carácter de contingente, pues resultaba obvio que, si el embargo era un acto jurisdiccional, no podía entenderse cómo podía estar constituido el embargo por actos realizados por órganos distintos como el Registro de la propiedad para la adopción de la anotación preventiva en el folio registral del bien objeto de embargo, bien para la constitución del depósito que podía recaer en la persona de un particular, o bien para la constitución de una administración judicial en la que el objeto del embargo difiere del objeto de la administración.

3. La teoría del carácter constitutivo de las medidas asegurativas

Tanto la declaración jurisdiccional de embargo como las medidas asegurativas adoptadas tienen carácter esencial para la constitución del embargo. Parte del profesor Prieto Castro³ aunque finalmente alude a la teoría de Carreras.

Frente a esta teoría, el profesor Cachón esgrime los mismos argumentos aducidos contra la teoría de la estructura compleja, pero además, si las medidas de garantía de la traba fueran un elemento esencial del embargo, no podría trabarse el embargo respecto aquellos bienes respecto de los cuales no se puede practicar la medida de garantía como sucede como los inmuebles no inmatriculados, ni tampoco cabría el reembargo de los bienes muebles sometidos a depósito judicial, con lo cual, se llegaría a crear una nueva causa de inembargabilidad no prevista en la ley y tampoco podría iniciarse la vía de apremio si no se practica previamente la medida asegurativa.

Sin embargo, esta teoría fue diseñada pensando, sobre todo, en la anotación preventiva de embargo, y en el sistema registral español, la inscripción y la anotación preventiva tienen, salvo alguna excepción, carácter declarativo y no

3. PRIETO-CASTRO, Tratado de Derecho procesal civil (Proceso declarativo. Proceso de ejecución), 2ª edic., Pamplona 1985, II, pp. 706 y 739.

constitutivo, no existiendo en nuestro ordenamiento jurídico precepto alguno que disponga el carácter constitutivo de la anotación preventiva de embargo.

4. La teoría de la estructura simple del embargo

Para el profesor Cachón, la declaración de afectación que realiza el órgano jurisdiccional basta para concretar los bienes sobre los que ha de recaer el apremio, siendo ésta su función esencial. El embargo pues, está constituido exclusivamente, por la declaración jurisdiccional de afectación de unos determinados bienes del ejecutado a la ejecución, tratándose de un acto procesal integrado tan solo por la declaración de afectación, sin que podamos hablar de una actividad procesal compleja.

Argumenta el profesor, que el embargo puede tener por objeto derechos, cuya naturaleza inmaterial impide que sobre los mismos se practiquen actos físicos o materiales, de manera que el ordenamiento jurídico no prevé pluralidad de tipos de embargo en atención a su estructura, sino diversas medidas de garantía del embargo. Si no lo entendiéramos así, no podría practicarse el reembargo porque éste dependería de un cambio físico o material, ni tampoco tendría explicación la administración judicial de bienes embargados.

5. La estructura simple del embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2.000

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, acoge la estructura simple del embargo, lo que supone el triunfo de la teoría del profesor Cachón para instalarse definitivamente en nuestro ordenamiento jurídico procesal.

En su art. 587.1 se decanta claramente por el concepto del embargo ejecutivo que acoge la estructura simple, pues dice que «se entenderá hecho desde que se decreta por el Secretario judicial o reseña en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba». Excluye pues, de la pertenencia a dicha estructura, otros elementos como las medidas de localización de bienes, su elección y las denominadas medidas de aseguramiento o garantía, adquiriendo el embargo sustantividad propia sin necesidad de que se adopten tales medidas.

Este precepto niega de forma explícita que las medidas de garantía de la traba tengan carácter constitutivo respecto del embargo, existiendo el embargo desde que tiene lugar la declaración del órgano judicial mediante la cual éste afecta a la ejecución unos determinados bienes que considera pertenecientes

al ejecutado. En este sentido, el embargo opera como presupuesto jurídico de la siguiente fase del proceso de ejecución singular dineraria, a la que la ley denomina procedimiento de apremio.

Siendo el embargo presupuesto necesario de la actividad procesal de apremio y quedando constituido por la simple declaración jurisdiccional de afección, es necesario adoptar medidas de garantía o aseguramiento con la finalidad de evitar que el ejecutado realice actos de disposición o gravamen sobre el bien embargado mediante su enajenación a terceras personas o de constitución de derechos reales con carácter irreivindicable que restrinjan o imposibiliten la vía de apremio, protegiendo a los terceros para que tengan conocimiento de la existencia de la traba. Dichas medidas, se adoptan en función de la naturaleza del bien sobre el que recaen; bien sean respecto de muebles y derechos, como la orden de retención de dinero, de intereses, frutos o rentas, de valores e instrumentos financieros o la constitución de depósito (arts. 621-628 LEC), bien respecto de inmuebles u otros bienes o derechos susceptibles de inscripción registral, constituyéndose entonces la anotación preventiva de embargo (arts. 629 LEC, 42.2º LH).

La anotación preventiva del embargo cumplirá una función asegurativa que pretende evitar los riesgos del embargo no anotado. Respecto del ejecutante, evita que habiendo recaído en el proceso de ejecución forzosa declaración de afección del bien, pueda el ejecutado realizar actos de disposición o enajenación a favor de terceros adquirentes que, amparados en la buena fe, puedan sustraer el bien de la ejecución. Protege al acreedor anotante frente a los adquirentes y titulares de créditos posteriores, pero no frente a los anteriores, de suerte que los actos dispositivos realizados posteriormente por el ejecutado son inoponibles frente al ejecutante, constituyendo solamente una garantía registral de la situación jurídica existente al ser registrada, que otorga preferencia al acreedor que la obtuvo sobre los créditos contraídos por el deudor con posterioridad a la anotación.

6. El principio de prioridad o prevención y la satisfacción íntegra del ejecutante

El principio de prioridad juega a favor del ejecutante y le permite cobrar íntegramente su crédito con preferencia a los acreedores comunes que hayan inscrito su derecho con posterioridad, pues éstos sólo cobrarán si, satisfecho el ejecutante de su crédito, aún sobra dinero de lo pagado por el remate. La LEC acoge decididamente este principio cuando la ejecución se proyecta sobre bienes que se encuentran en el patrimonio del propio deudor ejecutado, de manera que con el producto que se obtenga por la realización de los bienes em-

bargados el acreedor obtiene la satisfacción íntegra y completa de su crédito, con independencia de la concreta cantidad que consta inscrita en la anotación preventiva de embargo que dio lugar al apremio. En este caso, el embargo garantiza la totalidad de las responsabilidades derivadas del proceso de ejecución.

El profesor Cachón se pronuncia decididamente a favor de la tesis extensiva o procesalista, la cual sostiene que la cantidad que garantiza la anotación de embargo es la totalidad de la cantidad que se siga en la ejecución correspondiente, con la única excepción prevista en el supuesto del art. 613.3 LEC respecto de los terceros poseedores que hubieran adquirido los bienes en otra ejecución. El principio de concreción de responsabilidad no es aplicable a las anotaciones preventivas de embargo, rechazándose toda asimilación de estas últimas con la hipoteca y sus principios como defienden los partidarios de la teoría opuesta denominada restrictiva o hipotecarista.

7. Agradecimiento

Quisiera concluir estas breves notas sobre una materia que tan decidida y brillantemente ha cultivado el profesor Manuel Cachón a lo largo de su dilatada carrera académica, para agradecerle su dedicación y entusiasmo en el estudio del derecho procesal con la humildad y maestría con que lo ha hecho, a la vez que por su trato personal tan cercano que merece el afecto de todos los que le conocemos.

Gracias profesor, tu nombre ya forma parte de los grandes procesalistas de la historia.

En Tarragona, a 10 de mayo de 2024

XXIII | Especialidades de la ejecución hipotecaria naval

Eliseo Sierra Noguero¹

Catedrático contratado de Derecho Mercantil.
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. COMPETENCIA. 3. LEGITIMACIÓN ACTIVA. 4. LEGITIMACIÓN PASIVA. 5. TÍTULO EJECUTIVO. 6. DESCRIPCIÓN DEL BUQUE HIPOTECADO Y VALOR DE TASACIÓN A EFECTOS DE SUBASTA. 7. CAUSAS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE HIPOTECA NAVAL. 8. VENTA FORZOSA DE BUQUES Y PURGA DE GRAVÁMENES. 9. POSTERGACIÓN DEL COBRO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO NAVAL A FAVOR DE ACREEDORES MARÍTIMOS PRIVILEGIADOS. 10. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN HIPOTECARIA NAVAL. 11. CONCLUSIÓN. 12. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

La ejecución hipotecaria se regula en los arts. 681 a 698 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), agrupados en el capítulo titulado «*De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados*». Es un procedimiento especial dirigido exclusivamente contra el bien hipotecado o pignorado y en garantía de la deuda por la que se proceda (art. 682.1 LEC). Presenta particularidades con respecto al proceso ordinario de ejecución dineraria². Expresa un privilegio legal de los acreedores hipotecarios frente a otros acreedores del mismo deudor³, que les permite ejecutar, con causas tasadas de oposición⁴, directa y exclusivamente el bien hipotecado para cobrar con

1. Para el Prof. Cachón, por su extraordinaria condición humana y su ejemplo en la docencia e investigación del Derecho.

2. CACHÓN CADENAS, M., *El proceso de ejecución civil*, 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2018, p. 288.

3. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., *El procedimiento hipotecario. Las ejecuciones de condena no pecuniarias*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 131.

4. El AAP Madrid, Sección 11, 3 octubre 2020 (Cendoj, ECLI:ES:APM:2020:13313), deniega la oposición a la ejecución por considerar cláusula abusiva en préstamos garantizados concedidos a consumidores del art. 695 LEC. El deudor hipotecario de la compra de una embarcación no acredita su condición de consumidor. El AAP Cádiz, Sección 5ª, 24 septiembre 2018 (JUR\2019\22843), también desestima la aplicación del régimen de

prioridad con el dinero obtenido con la realización forzosa del bien. Si, como es habitual⁵, es insuficiente para la plena satisfacción, no se extingue el crédito en la parte no abonada⁶, ni se altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor, el cual sigue respondiendo de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros con arreglo al art. 1911 Código Civil (art. 105 Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, en adelante, LH).

El procedimiento especial de ejecución hipotecaria de la LEC es aplicable también cuando la ejecución hipotecaria tiene por objeto un buque, embarcación o artefacto naval. La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante, LNM) regula en sus arts. 126 a 144 la institución de la «hipoteca naval». Su art. 141 LNM, titulado «De la ejecución de la hipoteca naval», señala que la acción para exigir el pago de las deudas garantizadas por hipoteca naval, así como todo lo relativo al procedimiento a seguir y a la competencia para conocer del mismo, se sujetará al procedimiento especial de ejecución hipotecaria de la LEC. El art. 142 LNM añade un plazo de prescripción de la acción hipotecaria naval. Además, los arts. 681.2, 683.1.3º, 684.1.2º, 685.3 y 690 LEC prevén normas especialísimas cuando se reclame el pago de deudas garantizadas por hipoteca naval⁷. El régimen procesal de la ejecución hipotecaria naval

nulidad de cláusulas abusivas del art. 82 de la Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Queda acreditado que el destino del dinero obtenido con el préstamo hipotecario era la compra de un barco para una entidad cuyo objeto social era la pesca.

5. La RDGRN 26 diciembre 2018 (La Ley 200150/2018) afirma que como los sistemas ordinarios de ejecución de las garantías presentan cierta ineficiencia, por el tiempo y los costes del procedimiento y por la baja calidad que con frecuencia presentan las ofertas (como acredita el hecho de que la Ley, en muchos casos, se tenga que preocupar de garantizar al deudor la obtención de un valor mínimo, llegando a conformarse con el 60% o el 70% de esa tasación objetiva), en nuestro ordenamiento jurídico se van abriendo nuevas vías de ejecución de las garantías o realización de los bienes objeto de éstas que resulten más eficientes.

6. En SAP Valencia, Sección 8ª, 17 octubre 2018 (JUR\2019\3769), la subasta finalizó con la adjudicación a favor del ejecutante del buque por el 50% de su valor de tasación, haciéndose constar expresamente en el decreto de adjudicación que dicho importe era inferior al total del crédito de la actora. Para cobrar el crédito pendiente, el acreedor inició acción contra el avalista cambiario de la misma obligación garantizada por la hipoteca naval.

7. Para evitar reiteraciones en el capítulo, el concepto «buque» incluye los buques, pero también las embarcaciones y artefactos flotantes. A efectos de hipoteca naval, las disposiciones de la hipoteca de buques son también aplicables a las embarcaciones y artefactos navales (art. 126 LNM). De acuerdo con la LNM, el *buque* es definido como todo vehículo con estructura y capacidad para navegar por el mar y para transportar personas o cosas, que cuente con cubierta corrida y de eslora igual o superior a veinticuatro metros (art. 56). La *embarcación* es el vehículo que carezca de cubierta corrida y el de eslora inferior a veinticuatro metros, siempre que, en uno y otro caso, no sea calificado reglamentariamente como unidad menor en atención a sus características de propulsión o de utilización (art. 57). Un *artefacto flotante* es toda construcción flotante con capacidad y estructura para albergar personas o cosas, cuyo destino no es la navegación, sino quedar situada en un punto fijo de las aguas. Se considera, asimismo, artefacto naval, el buque que haya perdido su condición de tal por haber quedado amarrado, varado o fondeado en un lugar fijo, y destinado, con carácter permanente, a actividades de la navegación (art. 58).

se completa con los arts. 480 a 486 de venta forzosa de un buque. Se aplican con preferencia sobre la LEC, pues la remisión del art. 141 LNM no es absoluta, sino «*salvo las especialidades establecidas en la presente ley*». En cambio, el Convenio internacional sobre privilegios marítimos e hipoteca naval de 1993, del cual España es parte⁸, no regula las cuestiones procesales. Su art. 2 señala que «*todas las cuestiones relativas al procedimiento de ejecución se regirán por la legislación del Estado donde esta tenga lugar*»⁹. En España, en conclusión, los arts. 141 y 142 LNM sobre la hipoteca naval, los arts. 480 a 486 LNM, sobre la venta forzosa de buque, los arts. 681 a 698 LEC, así como la LEC en general, en cuanto ley supletoria en los procesos civiles (art. 4).

El acreedor hipotecario naval *puede, que no debe*, seguir el procedimiento de ejecución hipotecaria de la LEC. Es una aplicación de la libertad que la doctrina y la jurisprudencia menor reconocen en general al acreedor hipotecario¹⁰. Según las condiciones de cada caso, puede haber otros cauces legales para reclamar el crédito hipotecario naval. El acreedor podría entablar un procedimiento declarativo contra el deudor hipotecario naval y obtener una sentencia, que es un título ejecutivo. O puede promover un proceso ordinario de ejecución dineraria esgrimiendo como título ejecutivo la escritura pública o la póliza intervenida por notario de constitución de la hipoteca naval. El acreedor podría tener quizás también opción al apremio administrativo para ejecutar el buque hipotecado. Por ejemplo, si el acreedor hipotecario naval es la Agencia Tributaria, podrá ejercer su derecho de hipoteca mediante el apremio administrativo del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación. Asimismo, las Autoridades Portuarias recurren frecuentemente a la enajenación forzosa de buques abandonados del art. 137 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones

8. España ya no es parte del Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a privilegios e hipotecas marítimas, hecho en Bruselas el 10 de abril de 1926, mediante denuncia publicada en *Boletín Oficial del Estado*, núm. 242, de 7 de octubre de 2004.

9. Más recientemente, la Convención sobre los efectos internacionales de las ventas judiciales de buques de 2022 (Convención de Beijing), que aún no está en vigor, reitera también que la venta judicial se lleve a cabo con arreglo a la ley del Estado de la venta judicial, con un régimen especial de notificaciones (art. 4) y de certificación de venta judicial (art. 5) que conceda al comprador un título de propiedad exento de hipotecas, *mortgages* y otras cargas. España es Estado firmante. A 18 de julio, sólo El Salvador ha ratificado esta Convención.

10. Por todos, CACHÓN CADENAS, M., *El proceso...*, op. cit., pp. 286-287. Entre muchos otros autos de la jurisprudencia menor, referidos no a los buques, sino a los bienes hipotecados en general, vid AAP Barcelona, Sección 19, 6 julio 2023 (Cendoj, ECLI:ES:APB:2023:5993A) y AAP Toledo, Sección 2ª, 10 mayo 2022 (Cendoj, ECLI:ES:APTO:2022:916).

Públicas¹¹, algunos de ellos hipotecados¹². Finalmente, si el contrato de constitución de la hipoteca naval lo prevé y se dan otras condiciones legales, el acreedor hipotecario podría solicitar la venta extrajudicial del buque hipotecado ante notario¹³.

Estos otros cauces judiciales, administrativos y extrajudiciales de realización forzosa del bien hipotecado no se tratan en el presente capítulo, que se centra en las especialidades legales de la ejecución hipotecaria naval realizada en sede judicial y con arreglo a la LNM y a la LEC.

2. Competencia

El art. 684.1.2º LEC reconoce la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de constitución de hipoteca como fuero prioritario para determinar la competencia territorial: *«Para conocer de los procedimientos a que se refiere el presente capítulo será competente: (...) Si los bienes hipotecados fueren buques, el Juzgado de Primera Instancia al que se hubieran sometido las partes en el título constitutivo de la hipoteca»*. Las partes pueden así incluir una cláusula de jurisdicción competente en el título constitutivo de la hipoteca¹⁴ y quedar predeterminado el Juzgado territorialmente competente para conocer, en su caso, de la ejecución hipotecaria naval. Si no hay cláusula válida y eficaz de selección de fuero, el art. 684.1.2º LEC prevé otros, lo que dota de seguridad jurídica en materia de competencia territorial: *«(...), en su defecto, el Juzgado del lugar en que se hubiere constituido la hipoteca, el del puerto en que se encuentre el buque hipotecado, el del domicilio del demandado o el del lugar en que radique el Registro en que fue inscrita la hipoteca, a elección del actor»*.

11. El art. 302.3 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, dispone que declarado el abandono del buque por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, ésta procederá, bien a su venta en pública subasta, ingresando el producto de la enajenación en el Tesoro Público, previa detracción de los créditos devengados a su favor por las correspondientes tasas y tarifas portuarias, así como los gastos del procedimiento; o bien procederá al hundimiento del buque cuando, por su estado, así lo aconsejen razones de seguridad marítima.

12. Por ejemplo, AAP A Coruña, Sección 4, 26 noviembre 2020 (Cendoj, ECLI:ES:APC:2020:2694).

13. Las resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado (DGRN, actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) 14 diciembre 2018 (La Ley 181550/2018) y 26 diciembre 2018 (cit.), señalan que el pacto de venta extrajudicial ante notario regulado del art. 129 LH no resulta incompatible con la regulación de la hipoteca naval de la LNM. También en SIERRA NOGUERO, E., «La hipoteca naval», en *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*, J. Camacho, J. C. Espigares y G. Velasco (dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, p. 527.

14. Por ejemplo, la SAP Huelva, Sección 3, 17 junio 2011 (Cendoj, ECLI:ES:APH:2011:948A), estima sometimiento a fuero una cláusula del siguiente tenor: *«para el caso de ejecución de la acción ejecutiva, las partes determinan como lugar de cumplimiento de la obligación el de la Sucursal de Caja San Fernando donde se encuentren domiciliados los pagos del préstamo»*.

Con relación a la competencia objetiva, la ejecución hipotecaria naval se tramita regularmente por los Juzgados de lo Mercantil. Sin embargo, es una cuestión que debería estar más claramente delimitada en la legislación porque, en realidad, el art. 684.1.2º LEC la atribuye a los Juzgados de Primera Instancia. La razón es que los Juzgados de lo Mercantil, desde su constitución mediante Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), tienen la competencia exclusiva y excluyente sobre «*Aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho Marítimo*» (art. 86 *ter* apartado 2 letra c LOPJ). Éste es el criterio predominante para atribuir objetivamente la competencia a los Juzgados de lo Mercantil, en detrimento del tenor literal del art. 684.1.2º LEC. Además, cuando se ha planteado un recurso de apelación sobre la competencia objetiva, las Audiencias Provinciales mantienen una línea casi unánime a favor de los Juzgados de lo Mercantil, en base a la LOPJ y porque la hipoteca naval dispone de normas y características diferenciadas de la hipoteca sobre otros bienes¹⁵. Añadimos que la LNM también atribuye la competencia objetiva a los Juzgados de lo Mercantil en otras materias específicas reguladas en la Ley (arts. 487 y 489, de constitución de fondo de limitación de responsabilidad por créditos marítimos; art. 510, de liquidación de avería gruesa) y no a los Juzgados de Primera Instancia¹⁶. Reiteramos, con todo, la necesidad de mayor claridad legislativa en la delimitación de la competencia objetiva para conocer de la ejecución hipotecaria naval.

3. Legitimación activa

El requisito general de constitución del derecho real de hipoteca naval es la validez de la obligación asegurada por la hipoteca¹⁷, así como el cumplimiento de las demás exigencias de los contratos y otras formalidades vinculadas al

15. Así se expresa el AAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 3, 30 noviembre 2011 (Cendoj, ECLI:ES:APTF:2011:1290A). También a favor de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil para la ejecución hipotecaria naval, *vid* AAP Valencia, Sección 9, 26 julio 2023 (Cendoj, ECLI:ES:APV:2023:1791A), AAP Sevilla, Sección 6, 17 junio 2021 (Cendoj, ECLI:ES:APSE:2021:593A) y AAP Baleares, Sección 5, 10 marzo 2006 (JUR 2006\137542). El AAP Barcelona, Sección 17, 10 abril 2019 (Cendoj, ECLI:ES:APB:2019:2042) confirma el auto del Juzgado de Primera Instancia de inadmisión del despacho de una ejecución naval por ser competentes por razón de la materia los Juzgados de lo Mercantil. Frente a esta opinión mayoritaria, el AAP Granada, Sección 3, 21 noviembre 2008 (Cendoj, ECLI:ES:APGR:2008:1028A), atribuye la competencia objetiva al Juzgado de Primera Instancia. El AAP Málaga, Sección 5, 23 septiembre 2021 (Cendoj, ECLI:ES:APMA:2021:1368A) no discute la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia para la ejecución hipotecaria de una embarcación de pesca.

16. El AAP Barcelona, Sección 19, 9 octubre 2020 (JUR\2020\326439), señala que cuando el contrato que genera la obligación principal es de Derecho marítimo (en este caso, de construcción naval), la competencia es de los Juzgados de lo Mercantil, incluso cuando se refuerce la garantía con una hipoteca inmobiliaria.

17. DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. VI. *Derechos reales*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 399.

contrato de hipoteca naval y a su inscripción en el Registro de Bienes Muebles (art. 128 LNM). En particular, en su sección de «Buques y Aeronaves». Dentro de cada sección que lo integra se aplica la normativa específica reguladora de los actos o derechos inscribibles que afecten a los bienes¹⁸. En el caso de los buques, rigen todavía los arts. 145 a 190 Reglamento del Registro Mercantil de 1956 (en adelante, RRM 1956)¹⁹. Hay que reinterpretar sus preceptos referidos en exclusiva a los buques mercantes, para dar cabida a la inscripción de cualquier buque, embarcación o artefacto naval de uso civil, también susceptibles de hipoteca naval con arreglo al art. 126 LNM.

Las formalidades del contrato y la inscripción registral facilitan la identificación del ejecutante y la verificación de su legitimación activa para entablar la ejecución hipotecaria naval²⁰. Si hay varios acreedores, a falta de pacto de solidaridad entre ellos, la norma general es la mancomunidad (art. 1137 Código Civil). En el Registro de Bienes Muebles, hay que precisar la cuota en la que cada acreedor participa en el crédito (art. 54.1 Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947). En su defecto, un acreedor actuando individualmente puede adolecer de legitimación activa en la ejecución hipotecaria, siendo necesario que la demanda ejecutiva la presentasen todos los acreedores mancomunados del deudor común²¹. En cambio, no es necesaria la distinción de cuotas en el Registro si en el contrato de constitución de la hipoteca se ha pactado la solidaridad entre los acreedores. Cualquiera de ellos podrá pedir el despacho de la ejecución²². Quedan a salvo las acciones que, frente al ejecutante, y en virtud de las relaciones internas existentes entre los coacreedores, puedan corresponder a los demás²³.

Cuando la hipoteca naval se ha constituido a favor de una persona determinada (arts. 129.1 y 132.1.a LNM), el acreedor hipotecario naval tiene en general

18. RRDGRN 31 mayo 2023 (La Ley 125091/2018) y 26 julio 2018 (La Ley 99483/2018).

19. De acuerdo con la Disposición transitoria decimotercera del Reglamento del Registro Mercantil de 1996, los Libros de Buques y Aeronaves seguirán llevándose en los Registros a que se refiere el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Decreto de 14 de diciembre de 1956, hasta la publicación del Reglamento del Registro de Bienes Muebles a que se refiere la disposición final segunda de la Ley 19/1989, de 25 de julio, a cuyo efecto continuarán transitoriamente vigentes los artículos 145 a 190 y concordantes del referido Reglamento del Registro Mercantil. El Reglamento del Registro de Bienes Muebles no se ha aprobado en la actualidad (23 julio 2024).

20. Para todas las ejecuciones hipotecarias, en este sentido, también GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., *El procedimiento...*, op. cit., p. 71.

21. AAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 4, 15 enero 2015 (Cendoj, ECLI:ES:APTF:2015:43A), de ejecución hipotecaria. También AAP Madrid, Sección 21, 18 marzo 2024 (Cendoj, ECLI:ES:APM:2024:4996), sobre reclamación de comunidad horizontal y desahucios, alude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la acción del comunero en beneficio de la comunidad, pero no la considera aplicable al caso.

22. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., *El procedimiento...*, op. cit., p. 71.

23. RDGRN 10 febrero 2003 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 63, 14 marzo 2003).

derecho a transmitirlo a terceros y, salvo pacto en contrario²⁴, la cesión incluye el derecho real de hipoteca que le es accesoria (art. 1528 Código Civil y 149 RH). El cesionario se subroga en los derechos del acreedor o acreedores designados en el contrato de constitución de hipoteca. Por ejemplo, el banco a favor del cual se constituyó la hipoteca naval vende a otro su crédito hipotecario naval contratado por el astillero para financiar la construcción del buque. Una cuestión controvertida es si la inscripción registral del acreedor cesionario es requisito o no de su legitimación activa para ejercitar la acción hipotecaria. En el ámbito de la hipoteca naval, una vez inscrita la propiedad del buque en el Registro del Bienes Muebles y constituida la hipoteca naval que grava el mismo también mediante su inscripción en la misma hoja registral, el art. 161 RRM 1956 admite que *pueda* inscribirse la transferencia de un crédito hipotecario naval constituido a favor de persona determinada, mediante documento público o privado y habiéndose comunicado la transferencia al deudor hipotecario. Además, el art. 688.1 LEC, aplicable por remisión del art. 141 LNM, señala que se solicitará del Registrador certificación de la inscripción de hipoteca que se haya de ejecutar, expresándose que la hipoteca en favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar. La cuestión se ha planteado para las ejecuciones hipotecarias de terceros cesionarios en general y las opiniones doctrinales y judiciales son diversas. Por ejemplo, un auto de la Audiencia Provincial de A Coruña ha señalado que no está previsto en la legislación hipotecaria ningún asiento específico para recoger la ejecución hipotecaria por parte de quien no tiene una previa inscripción del derecho de hipoteca a su favor²⁵. A pesar de ello, la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria interpretativa es que la inscripción registral del acreedor cesionario del crédito no es condición de su legitimación activa en la ejecución hipotecaria. La razón es que la inscripción registral del cesionario del crédito hipotecario, al subrogarse en la posición jurídica del acreedor hipotecario anterior, es declarativa y no constitutiva²⁶.

Cuando la hipoteca naval se constituye «a favor de quien resulte titular del crédito en las constituidas en garantía de títulos emitidos en forma nominativa, a la orden o al portador» (art. 129.1 LNM), tienen un régimen especial de aplicación tanto a la inscripción registral, como en la transmisibilidad del derecho hipotecario. Son los denominados títulos valores que incorporan el crédito y su hipoteca accesoria y que son susceptibles de una cadena de cesiones. Por ejemplo, una hipoteca naval constituida en garantía de un pagaré emitido por un naviero a favor de un acreedor. En primer lugar, la hipoteca naval constitui-

24. DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 814, señala que el art. 1528 Código Civil tiene carácter dispositivo.

25. AAP A Coruña, Sección 5, 30 diciembre 2021 (Cendoj, ECLI:ES:APC:2021:1278A).

26. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., *El procedimiento...*, op. cit., pp. 72-73, con análisis de jurisprudencia y doctrina a favor y en contra de esta interpretación.

da en garantía de títulos valores debe inscribirse, *para constituir el derecho real*, también en el Registro de Bienes Muebles, en la hoja registral del buque, sin la cual no queda legalmente establecida, Tanto si se trata de una hipoteca constituida *a la orden* de una persona determinada que pueda retener el crédito para ello o cederlo (art. 162 RRM 1956)²⁷, como cuando la hipoteca naval se constituye directamente en garantía de títulos *al portador* (art. 163 RRM)²⁸. Sin esta inscripción de la hipoteca constituida a la orden o al portador, no nace el derecho real. En segundo lugar, no es necesario inscribir registralmente a los acreedores hipotecarios para sustentar su derecho, ni para que tengan legitimación activa para el ejercicio judicial del derecho real de hipoteca sobre el buque. El art. 150 RH, aplicable por remisión del art. 144 LNM, dispone con claridad que «*Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar obligaciones incorporadas a títulos transferibles por endoso o en títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido con la obligación o con el título, sin necesidad de dar conocimiento de ello al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro*». Por consiguiente, para despachar ejecución, se ha de analizar el título con el que se pretende la misma y la certificación registral conforme la hipoteca está válidamente constituida en el Registro de Bienes Muebles (art. 128 LNM)²⁹. El título ha de acreditar la regularidad de la cadena de endosos si se trata de un título valor emitido nominativamente a favor de una persona, a la orden o no. Si es un título valor emitido al portador, basta la legítima posesión de éste para concluir que el ejecutante es el acreedor hipotecario y dispone de legitimación activa para la ejecución hipotecaria.

Finalmente, la hipoteca naval en garantía de cuentas corrientes de crédito o de letras de cambio u otros instrumentos ha de constituirse con arreglo a la legislación hipotecaria (art. 129.2 LNM). El Juez habrá que atender a estas normas para verificar la legitimación activa de quien insta la ejecución hipotecaria naval.

27. La inscripción de la transmisión del crédito hipotecario naval constituido a la orden de persona determinada se extenderá en forma de endoso en el mismo título de constitución de la hipoteca, pero no será necesaria la notificación al deudor (art. 162 RRM 1956).

28. La hipoteca naval en garantía de títulos al portador debe otorgarse en escritura pública y en su inserción constarán, como circunstancias especiales, las relativas al número, valor, serie, fecha y plazos de la emisión y de la amortización de los títulos respectivos. Estos títulos tendrán doble matriz, una de las cuales se depositará en el Registro Mercantil, quedando la otra en poder de la Entidad emisora. También se hará constar en los referidos títulos la fecha y el Notario autorizante de la escritura y el Registro Mercantil donde se hubiere inscrito la hipoteca (art. 163 RRM 1956).

29. Otra aplicación de este principio es el art. 685.4 LEC, donde señala que para la ejecución de las hipotecas sobre bienes inmuebles constituidas a favor de una Entidad de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios, bastará la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

4. Legitimación pasiva

El art. 685.1 LEC dispone que la demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes. Así, por la remisión que hace el art. 141 LNM a la LEC, la legitimación pasiva de la ejecución hipotecaria naval corresponde:

a) **Sólo al deudor o deudores si es/son propietario/s del buque hipotecado**³⁰

Por ejemplo, tiene legitimación pasiva el armador que financia la compra del buque nuevo o usado y garantiza con hipoteca sobre el mismo la devolución del crédito o préstamo a favor de la entidad o entidades de crédito acreedoras. También está legitimado pasivamente el astillero del buque en construcción que recibe un encargo y necesita financiación para comprar los materiales, para lo cual, si se dan las condiciones legales³¹, constituye una hipoteca a favor del prestamista o acreditante³². El astillero también puede constituir hipoteca sobre su buque en construcción para garantizar la devolución de los pagos anticipados que va recibiendo del comitente³³. En caso de incumplimiento

30. En el AAP Granada, Sección 3ª, 1 marzo 2016 (JUR\2016\157451), la ejecución hipotecaria se dirige frente al titular registral de la embarcación de pesca artesanal y frente a los demás deudores del préstamo con garantía hipotecaria. Se despacha ejecución centrada exclusivamente en la embarcación hipotecada. También el AAP Granada, Sección 3, 8 julio 2021 (cit.), acepta la legitimación pasiva del deudor no propietario del buque, pero no se acuerda el embargo de los bienes de éste, pues el procedimiento hipotecario tiene como única finalidad la venta del bien hipotecado.

31. La hipoteca del buque en construcción es posible cuando esté inscrito en una sección especial del Registro de Bienes Muebles (arts. 69.3 y 131 LNM y art. 151 RRM 1956) y esté invertida la tercera parte de la cantidad en que se haya presupuestado el valor total del casco (art. 131 LNM).

32. LÓPEZ DEL POZO, A. y FARIÑA DE PARADA, N., «Situación y perspectivas de los pequeños y medianos astilleros. El reto de la financiación», *Economía Industrial*, núm. 386, 2012, p. 64, señalan que el proceso de construcción de un buque de tamaño medio puede prolongarse por un mínimo de dieciocho meses y las inversiones en materiales, la hipoteca es el instrumento tradicional de la financiación del astillero. En la actualidad, sin embargo, la hipoteca naval no es siempre suficiente para garantizar la financiación requerida, siendo usualmente necesaria la prestación de otro tipo de garantías, como fianzas personales. Por ejemplo, AAP Barcelona, Sección 19ª, 9 octubre 2020 (cit.), en donde la construcción de un buque fue garantizada con una hipoteca naval y varias fianzas personales. También SAP Barcelona, Sección 16ª, 21 abril 2020 (JUR 2020\158702), donde la administradora de la sociedad y otro constituyeron fianza personal y solidaria de la sociedad prestataria, con renuncia a los beneficios de excusión, división y relevación de fianza.

33. MARTÍNEZ DE AZCOITIA, L. y SÁNCHEZ-FAYOS, J., «La hipoteca naval en el ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de navegación marítima», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 19, 2017, p. 157, indican que es habitual que el comitente solicite al astillero la entrega de sucesivas garantías bancarias de reembolso (*refund guarantees*) en garantía de los pagos que va realizando aquel a medida que avanzan los trabajos constructivos. Estas garantías son emitidas por un tercero (una entidad bancaria) que, a su vez, solicita al astillero la constitución de una hipoteca sobre el buque en su favor.

de la obligación garantizada, el acreedor hipotecario podrá ejercer la acción hipotecaria contra el astillero. Una vez concluido y entregado el buque se transmite la propiedad (art. 110 LNM), será el comitente como nuevo propietario el que pueda constituir la hipoteca naval para financiar la adquisición³⁴.

b) Conjuntamente al deudor y al hipotecante no deudor

La hipoteca, también la naval, puede garantizar obligaciones cuyo deudor sea una persona distinta al propietario del buque. Se trata de un litisconsorcio pasivo necesario entre el deudor y el hipotecante no deudor, tal y como se desprende del art. 685.1 LEC («... y, *en su caso*»)³⁵. Por ejemplo, una sociedad matriz naviera constituye hipoteca sobre los buques de su flota para garantizar el pago de las obligaciones de sus sociedades filiales. O un socio de una cooperativa de pesca constituye hipoteca de su embarcación en garantía del préstamo solicitado por su cooperativa. O los padres constituyen hipoteca sobre su embarcación de recreo para avalar la financiación que su hijo ha obtenido de un banco para la compra de un piso.

Como norma especial del Derecho marítimo, ya recogida en el art. 5 *in fine* de la derogada Ley de Hipoteca Naval de 1893 y en el vigente art. 130.3 LNM, la hipoteca de buques en construcción podrá también constituirla el comitente si se le hubiere concedido en especial esta facultad. Normalmente en el propio contrato de construcción, el astillero concede esta facultad de hipoteca el buque en construcción al comitente. Se plantea quién realmente es el hipotecante en este supuesto. Como la única persona que puede hipotecar el buque en construcción es el propietario, mientras el astillero no ceda la propiedad, nos parece que el astillero actúa aquí como un hipotecante no deudor. La causa de la hipoteca es la relación que tienen hipotecante y comitente, para que éste pueda acceder a una financiación gracias a la hipoteca de un buque en construcción que todavía no es suyo.

c) Conjuntamente al deudor y al nuevo adquirente del buque hipotecado

La LEC lo denomina «tercero poseedor» de los bienes hipotecados, pero en realidad es el nuevo propietario. También es un supuesto de litisconsorcio pa-

34. MARTÍNEZ DE AZCOITIA, L. y SÁNCHEZ-FAYOS, J., «La hipoteca ...», *op. cit.*, p. 148.

35. CACHON CADENAS, M., *La ejecución...*, *op. cit.*, p. 289 y GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 89.

sivo necesario³⁶. Por tanto, el acreedor hipotecario naval no ve limitado su derecho de realización del valor, porque haya cambiado el propietario o el poseedor del buque hipotecado³⁷. Es el efecto esencial de la sujeción directa e inmediata del buque hipotecado, aunque haya cambiado de poseedor (art. 127 LNM). Es el principio de reipersecutoriedad³⁸.

En otro orden de cosas, a efectos de cambio de domicilio señalado para requerimientos y notificaciones, la hipoteca naval dispone de una norma especial en el art. 683.1.3ª LEC por la cual el deudor y el hipotecante no deudor podrán cambiar el domicilio con respecto al título de la constitución de la hipoteca (art. 132 LNM), bastando con poner en conocimiento del acreedor el cambio de domicilio, sin necesidad de conformidad o consentimiento de éste.

5. Título ejecutivo

El ejecutante hipotecario debe acompañar el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que la LEC exige para el despacho de la ejecución (art. 685.2), pues sin título no cabe ejecución (*nulla executio sine titulo*) (art. 517.1 LEC)³⁹. Además, el art. 688.1 LEC exige que, cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del Registrador certificación registral sobre la titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado, expresándose que la hipoteca en favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieran en el Registro. Aunque el título ejecutivo es el fundamento de la demanda, se flexi-

36. CACHON CADENAS, M., *La ejecución...*, op. cit., p. 289.

37. La RDGRN 22 febrero 2001 (La Ley 4081/2001), dictada con arreglo a la anterior Ley de Hipoteca Naval de 1893, niega la inscripción registral de un pacto contractual de no transmisibilidad del buque, al no considerar que tenga naturaleza real y sea inscribible en el Registro de Bienes Muebles. Indica que el art. 28 de esta Ley sienta el principio de que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente las naves sobre que se impone al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituye, cualquiera que sea su poseedor, «lo que supone admitir la figura del tercer poseedor de nave hipotecada».

38. BONARDELL LENZANO, R., «La hipoteca naval (II). El derecho real de hipoteca naval, su ejecución y extinción», en *Estudios de Derecho marítimo*, J. L. García-Pita (dir.) y R. Quintáns y A. Díaz (eds.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 343 y BAENA BAENA, P.: *Derecho de la navegación. Volumen 2. Privilegios, hipotecas y embargos preventivos sobre el buque y aeronave*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 147. GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L., «El nuevo régimen de la hipoteca naval en la jurisprudencia y en la doctrina registral», en *Ley de Navegación Marítima: balance de su aplicación práctica*, A. Emparanza y J. M. Martín Osante (dirs.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2019, p. 225 y ARROYO MARTÍNEZ, I. y RUEDA MARTÍNEZ, J.-A.: «Comentario al art. 127», en *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima*, I. Arroyo y J.-A. Rueda (dirs.), Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2016, p. 385, también interpretan que la reipersecutoriedad a favor del acreedor hipotecario naval puede deducirse, aunque sólo está mencionada expresamente para los privilegios marítimos, del Convenio internacional sobre Privilegios Marítimos e Hipoteca Naval de 1993.

39. CACHÓN CADENAS, M. J.: *Apuntes de ejecución civil*, Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, 2011, p. 11.

biliza legalmente, pues en caso de ejecución sobre bienes hipotecados, si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca (art. 685.2 LEC).

En el caso de la ejecución hipotecaria naval, el art. 128 LNM señala que «*Para que la hipoteca naval quede válidamente constituida podrá ser otorgada en escritura pública, póliza intervenida por notario o documento privado y deberá inscribirse en Registro de Bienes Muebles*».

Con relación al título de constitución de la hipoteca naval, habitualmente⁴⁰, por seguridad jurídica, el título del crédito hipotecario naval se otorga en escritura pública o en póliza intervenida por notario con arreglo a las formalidades exigidas en el art. 128 LNM. Sin embargo, como particularidad de la hipoteca naval, este precepto añade que la hipoteca naval pueda otorgarse en documento privado⁴¹.

Por lo que respecta a la *inscripción registral*, el contrato de constitución de la hipoteca naval debe estar inscrito en el Registro de Bienes Muebles, en la Sección de Buques, donde consta inscrita la propiedad del buque hipotecado (arts. 128 LNM y 145 RRM 1956). Ello es debido al carácter constitutivo de la inscripción registral, como condición del nacimiento del derecho real de hipoteca naval⁴². Esta inscripción puede realizarse con la escritura pública o con la póliza intervenida por notario, pues ambos son documentos públicos hábiles para la inscripción registral en base al principio de titulación pública⁴³. Si la hipoteca se ha constituido en documento privado, podrá practicarse su inscripción en el Registro en su virtud, al encajar en uno de los supuestos en que la ley admite expresamente la inscripción con un documento privado (art. 5 RRM

40. BAENA BAENA, P.: *Derecho...*, *op. cit.*, p. 132.

41. GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L., *El buque como objeto de garantía (Consideraciones sobre la hipoteca naval)*, Edersa, Madrid, 2000, p. 260, considera que el contrato de hipoteca es consensual.

42. Sobre el carácter constitutivo del derecho real de hipoteca naval, por todos los autores, tanto antes como después de la LNM, BAENA BAENA, P.: *Derecho ...*, *op. cit.*, p. 136; ARROYO MARTÍNEZ, I. y RUEDA MARTÍNEZ, J.-A.: «Comentario a los arts. 128, 129 y 130», *op. cit.*, p. 387; BONARDELL LENZANO, R., «La hipoteca naval (I). Cuestiones generales y reglas de constitución», *op. cit.*, p. 326; LÓPEZ QUIROGA, J., FERNÁNDEZ-QUIRÓS, T. y DE BUSTOS, H., «La nueva Ley de navegación marítima», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 38, 2014. p. 50 y, MARTÍNEZ DE AZCOITIA, L. y SÁNCHEZ-FAYOS, J., «La hipoteca ...», *op. cit.*, p. 150.

43. La RDGRN 28 noviembre 2016 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 308, de 22 de diciembre de 2016), sobre póliza intervenida por un notario de Valencia de compraventa de buque, considera que, conforme al art. 118 LNM, «la póliza es ahora medio hábil para documentar la transmisión del buque que se llevó a término y para lograr su acceso a la Sección correspondiente del Registro de Bienes Muebles».

1956). Es una excepción legal al principio registral de titulación pública. El registrador deberá hacer el control de legalidad del documento⁴⁴.

Finalmente, la LEC reconoce la escritura pública y la póliza intervenida por corredor de comercio como títulos ejecutivos (art. 571.1.4º y 5º LEC). Esta mención al corredor de comercio ha de entenderse referida al notario, al asumir las funciones de los anteriores corredores de comercio⁴⁵. En el art. 128 LNM, la mención a la póliza intervenida por notario se introdujo por la disposición final 6.4 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Con relación a la hipoteca naval constituida en documento privado, la disposición final segunda LNM enmendó el art. 685.3 LEC, que ha quedado del siguiente tenor: *«A los efectos del procedimiento regulado en el presente capítulo se considerará título suficiente para despachar ejecución el documento privado de constitución de la hipoteca naval inscrito en el Registro de Bienes Muebles conforme a lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley de Navegación Marítima»*⁴⁶. Como matiz, el documento privado inscrito no es calificado como un título ejecutivo por la propia LEC (no consta en el listado de títulos ejecutivos de su art. 517.1), pero sí se considera título «suficiente» para el ejercicio de la acción hipotecaria naval.

6. Descripción del buque hipotecado y valor de tasación a efectos de subasta

La ejecución hipotecaria exige el requisito adicional que prevé el art. 682.2 LEC, esto es, que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio del bien y que no sea inferior al 75% del valor señalado en la tasación, con arreglo al art. 18 del Real Decreto-ley 24/2021. Éste se refiere a bienes inmue-

44. En este sentido, era más claro el art. 3 de la derogada Ley de hipoteca naval de 1893 que permitía su constitución mediante los documentos públicos, pero también *«Por documento privado que firmen los interesados o sus apoderados, y que presenten ambas partes, ó cuando menos la que consienta la hipoteca, al funcionario encargado de verificar la inscripción, identificando ante él su personalidad»*. ARROYO MARTÍNEZ, I. y RUEDA MARTÍNEZ, J.-A.: «Comentario a los arts. 128, 129 y 130», *op. cit.*, p. 387, aluden al art. 194 del Anteproyecto de la Ley General de Navegación Marítima que exigía escritura pública y descartaba el documento privado. No obstante, no se introdujo luego en la LNM. El Consejo de Estado entendió que la constitución de garantías reales —hipoteca naval y crédito refaccionario— podía instrumentarse mediante documento privado (arts. 3 y 20 Ley de Hipoteca Naval).

45. En su origen, la póliza era el documento característico de los anteriores corredores de comercio colegiados. Con la integración en un único cuerpo de Notarios, mediante disp. adic. 24ª Ley 55/1999, de 29 de diciembre, los notarios y los corredores de comercio colegiados han venido ejerciendo las competencias y usando las formas documentales de uno y otro colectivo. Por ello, aunque ya no existe el cuerpo de corredores de comercio, sí se mantiene el instrumento de la póliza por ellos usada.

46. El AAP Valencia, Sección 9, 20 marzo 2017 (JUR/2017\156159), admite la nota simple del Registro de Bienes Muebles para la ejecución hipotecaria de un buque. Cita el APP Cantabria, Sección 4ª, 2 diciembre 2014 (JUR/2015\64057) que, sin embargo, se trataba de una ejecución de inmuebles hipotecados.

bles. También la Ley 2/1981, de regulación del mercado anterior, en el tenor anterior del art. 682.2 LEC, centraba su aplicación a los bienes inmuebles. Sin embargo, ello no es óbice para su aplicación a los buques, por la remisión que realiza el art. 141 LNM a la ejecución hipotecaria de los arts. 681 a 698 LEC. A la hora de constituir la hipoteca naval, hay que tener en cuenta esta norma procesal para amparar la futura ejecución hipotecarias. El art. 132.1.e LNM sólo exige que el contrato incluya el valor o aprecio del buque hipotecado que, en su caso, pueda servir de tipo a la subasta, pero las partes puede fijar un mínimo de tasación y ajustarse así a la LEC.

La ejecución hipotecaria naval de los arts. 681 a 698 LEC puede tener por objeto un buque, embarcación o artefacto naval *abanderado en España* y con hipoteca inscrita en el Registro de Bienes Muebles. Es un principio del derecho internacional privado que la ley aplicable a la hipoteca naval de un buque es la de su Estado de matrícula (arts. 96.4 LNM y 10.2 CC). También es posible la ejecución hipotecaria en España de un buque extranjero y con hipotecas inscritas en los respectivos registros. Para disponer de seguridad jurídica en esta ejecución de *buque extranjero*, el Convenio internacional sobre Privilegios Marítimos e Hipoteca Naval de 1993 crea un marco común de reconocimiento y ejecución de las hipotecas navales constituidas, bien sobre buques de navegación marítima matriculados en un Estado parte, bien sobre buques no matriculados en un Estado parte, a condición de que los buques de este último estén sujetos a la jurisdicción del Estado Parte (art. 13.1), salvo los buques de Estado (art. 13.2)⁴⁷.

Dado que el objeto exclusivo de la ejecución hipotecaria naval es el buque, embarcación o artefacto naval, es preciso identificarlo con claridad y delimitar la extensión de la hipoteca a los efectos de realización forzosa del bien. Por un lado, el contrato en que se constituya hipoteca naval se hará constar, según el art. 132.1.d LNM, la descripción del buque y todos los datos de identificación que exige el art. 60.5 LNM: su nombre, matrícula, numeración de la Organización Marítima Internacional (número OMI), pabellón, arqueo y cualesquiera otros datos que reglamentariamente se determinen. En virtud del art. 133 LNM, las circunstancias de naturaleza «real», esto es, referidas al propio buque,

47. En particular, las hipotecas serán reconocidas y ejecutables en los Estados Parte si se cumplen las tres condiciones que prevé el art. 1 Convenio y que reproduce el art. 143 LNM: 1º Que se constituyan y estén inscritas en un registro, de conformidad con la legislación del Estado en que esté matriculado el buque. 2º Que tanto el registro como los documentos presentados en el citado Registro puedan consultarse libremente y que, además, se pueda solicitar extractos y copias. 3º Que el Registro o los documentos presentados al mismo se concrete, como mínimo, el nombre y dirección del acreedor hipotecario o si ha sido constituida al portador, el importe máximo garantizado, si lo impone la legislación del Estado de matrícula o si ese importe se especifica en el documento de constitución de la hipoteca, y la fecha y otras circunstancias que, de conformidad con la legislación del Estado de matrícula, determinen su rango respecto de otras hipotecas, *mortgages* y gravámenes inscritos.

se inscribirán en el Registro de Bienes Muebles, junto con los demás requisitos que imponga legislación hipotecaria. No se reserva, pues, la hipoteca naval a los de mayor tamaño. Tampoco se condiciona a su empleo en una actividad mercantil. Es una diferencia de la Ley de Hipoteca Naval de 1893, que restringía esta calidad a la constituida sobre buques mercantes. La LNM no atiende a la utilización que se da al buque: la navegación con propósito mercantil, la pesca, la navegación de recreo o deportiva, investigación oceanográfica, trabajos marítimos, gabarras portuarias, bateas empleadas en acuicultura, etc. En conclusión, cabe hipoteca naval y posible ejecución según la LNM sobre cualquier buque, embarcación o artefacto naval (art. 126) de naturaleza «civil», según se define en el art. 9 Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. En cambio, la LNM, incluidas sus normas sobre hipoteca naval, no se aplica a buques y embarcaciones de Estado, incluidos los de guerra, por estar afectos a la Defensa Nacional u otros de titularidad o uso público, siempre que presten con carácter exclusivo servicios públicos de carácter no comercial (art. 3).

Por otro lado, la ejecución hipotecaria se extiende a las partes integrantes del buque y, como regla general, también a sus pertenencias, pero no a sus accesorios (art. 134.1 LNM)⁴⁸. Las partes integrantes son los elementos que forman parte de la estructura del buque, de forma que no pueden separarse sin menoscabarlo (art. 60.2 LNM). Por ejemplo, el casco, la máquina, el timón, el puente, etc. Las pertenencias no integran su estructura, pero está destinadas permanentemente al servicio del buque (art. 60.3 LNM), como los botes salvavidas, el radar, la radio, etc. La hipoteca del buque se extiende a las pertenencias, salvo que su propiedad a nombre de tercero esté inscrita en el Registro de Bienes Muebles o que un tercero haya adquirido su propiedad antes del negocio jurídico o acto generador de la hipoteca (arts. 62.2 y 134.1 LNM). Los accesorios del buque hipotecado están excluidos de la hipoteca y no pueden ser objeto de realización forzosa, salvo pacto en contrario (arts. 62.1 y 134.1). Se trata de los elementos consumibles adscritos al buque de un modo temporal (art. 61). Por ejemplo, los víveres o el combustible. Es de aplicación lo dispuesto en el art. 696 LEC en materia de tercerías de dominio para evitar la ejecución de bienes excluidos de la hipoteca naval.

Más controvertido es qué ocurre con los derechos de crédito y con las licencias administrativas a favor del deudor hipotecario. La LNM admite que el contrato

48. A diferencia del art. 7 Ley de Hipoteca Naval, el art. 134 LNM no contempla la posibilidad de incluir el buque los fletes devengados y no percibidos por el viaje que estuviera haciendo el buque. GABALDÓN GARCÍA, J. L., *La hipoteca naval: Derecho comparado y Derecho uniforme*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2001, p. 46, remarca la dificultad de la determinación práctica del concepto de viaje.

de constitución de la hipoteca naval incluya disposiciones que reconozcan la extensión de la hipoteca a ciertos derechos de crédito y licencias. Así, el art. 134.2 LNM dice que *«La hipoteca también se extiende, salvo pacto expreso en contrario a las indemnizaciones por daños materiales ocasionados al buque y no reparados por abordaje u otros accidentes; y la contribución a la avería gruesa y a la del seguro, tanto por averías no reparadas sufridas por el buque, como por pérdida total del mismo»*⁴⁹. El art. 134.3 añade que *«Podrá pactarse la extensión de la hipoteca a licencias vinculadas al buque en la medida y condiciones que lo permitan sus disposiciones que regulen la concesión»*. Con arreglo a la derogada Ley de Hipoteca Naval de 1893, la doctrina maritimista interpretaba que se trataba de la subrogación a favor del acreedor hipotecario⁵⁰, que reconocían una preferencia de cobro⁵¹ o una garantía de cobro⁵². Visto lo anterior, creemos que la ejecución hipotecaria naval no es el procedimiento adecuado para reclamar la subrogación en derechos de crédito y licencias. La demanda ejecutiva se centra en la realización forzosa del bien hipotecado y se dirige contra el deudor y, en su caso, hipotecante no deudor y nuevo propietario del buque. En cambio, en caso de impago de la indemnización del seguro por el asegurador, por ejemplo, o en caso de negativa de la Administración Pública a admitir la subrogación en la licencia a favor del acreedor hipotecario, habrá de ser resuelto en un proceso declarativo distinto de la ejecución hipotecaria⁵³.

7. Causas del ejercicio del derecho de hipoteca naval

La acción para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca naval directamente contra el buque hipotecado sólo es posible si concurre alguna de las

49. ARROYO MARTÍNEZ, I. y RUEDA MARTÍNEZ, J.-A., «Comentarios al art. 136», *op. cit.*, p. 396, señalan que es práctica habitual incluir en las pólizas de seguro unas cláusulas de subrogación automática a favor del acreedor hipotecario sobre las indemnizaciones.

50. GABALDÓN GARCÍA, J. L., *La hipoteca...*, *op. cit.*, p. 46. GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L., «El nuevo régimen...», *op. cit.*, p. 222, señala que se trata de un supuesto de subrogación parcialmente voluntaria, pues si no se pacta lo contrario se entiende incluida la indemnización de seguro en la hipoteca.

51. BONARDELL LENZANO, R., «La hipoteca naval (I)», *op. cit.*, p. 346.

52. GARCÍA-PITA, J. L., «El nuevo régimen...», *op. cit.*, p. 223, indica que no cabe acción directa del acreedor hipotecario frente al asegurador, pero que la notificación tiene importantes efectos en el plano de la legitimación activa y pasiva.

53. En SAP A Coruña, Sección 4, 12 abril 2018 (Cendoj, ECLI:ES:APC:2018:668), el acreedor hipotecario naval solicitó del Juzgado la ejecución de la embarcación hipotecada, así como la retención y embargo de cualquier indemnización de seguro del buque a favor del deudor hipotecario. Se inició un proceso declarativo para determinar si dicha indemnización correspondía al acreedor hipotecario o al deudor asegurado, resolviendo la Audiencia Provincial a favor del primero, pues *«la sustitución de la garantía real hipotecaria por el derecho personal al cobro de la indemnización debida por la aseguradora cumple la misma función de garantía que tenía la hipoteca»*.

causas tasadas del art. 140 LNM, al que remite expresamente el art. 681.2 LEC. En particular, en los casos siguientes:

Art. 140.a) Al vencimiento del plazo para la devolución del capital o para el pago de los intereses, en la forma que se hubiere pactado.

El art. 681.2 LEC vigente es el resultante de una modificación introducida por la disposición final segunda de la LNM en la LEC, para adaptar la norma procesal a la norma marítima. Las particularidades de la ejecución de la hipoteca naval no son una novedad, pues el tenor anterior del art. 681.2 ya se refería a la derogada Ley de Hipoteca Naval de 1893. La nueva redacción facilita el acceso al procedimiento especial de ejecución, al prever más causas para el ejercicio del derecho de hipoteca naval. La anterior redacción del art. 681.2 LEC admitía que sólo era aplicable en los dos primeros casos del art. 39 Ley de Hipoteca Naval, vinculados al vencimiento del plazo para la devolución del capital o para el pago de los intereses, esto es, el vigente supuesto del art. 140.a LNM.

Art. 140.b) Cuando el deudor fuese declarado en concurso.

Este precepto es una manifestación del que podemos denominar como «super-privilegio» legal que asiste al acreedor hipotecario naval en caso de concurso del deudor hipotecario, y que lo distingue terminantemente de los demás acreedores del mismo concursado⁵⁴. Al acreedor hipotecario naval no se le impone esperar a la liquidación concursal para considerar vencidos y exigibles sus créditos, como si les ocurre a los demás acreedores concursales, incluso los hipotecarios⁵⁵. Por tanto, el acreedor hipotecario naval (y el aeronáutico sobre aeronaves) puede con la declaración del concurso del deudor: 1º) Considerar vencido y exigible el crédito hipotecario naval⁵⁶. El vencimiento del crédito hipotecario naval se produce con la declaración del concurso del deudor sea o

54. GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso de Derecho marítimo internacional. Derecho marítimo internacional público y privado y contratos marítimos internacionales con apéndice en cada capítulo sobre legislación marítima española*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2024, p. 631.

55. El art. 414 TRLC, de aplicación común a comerciantes y a quienes no tengan esta calidad, condiciona de forma general el vencimiento anticipado de los créditos a la apertura de la liquidación del concurso (art. 414). Por tanto, la mera declaración del concurso del comerciante o no comerciante no afecta al vencimiento de las obligaciones del concursado. Su vencimiento dependerá de los plazos de cada obligación y, en todo caso, se tienen por vencidas si el juez declara la apertura de la fase de liquidación. Es coherente, pues la liquidación no conduce al mantenimiento de los contratos y obligaciones, ni de la actividad empresarial o profesional del concursado, sino a liquidar la masa activa y distribuirla entre los acreedores concursales. En conclusión, los acreedores se integran en la masa pasiva del concurso por su *vis atractiva* y siguen la suerte de este

56. En contrario, la RDGRN 16 enero 2017 (La Ley 1074/2017) no se pronuncia, pero valora la posibilidad de interpretar que el acreedor hipotecario naval haya que esperar a la liquidación para poder iniciar la ejecución de la hipoteca, como el resto de los acreedores. Recuerda este supuesto ya estaba regulado en la anterior art. 39.3º Ley de la Hipoteca Naval de 1893, como consecuencia lógica del art. 1915 Código Civil y del art. 883

no empresario. 2º) No integrarse en la masa pasiva como los demás acreedores concursales. 3º) Evitar que el buque hipotecado se integre en la masa activa como los demás bienes y derechos del concursado. 4º) Instar la ejecución separada del buque hipotecado para cobrar con preferencia con el precio del remate. Pierde este derecho, si la ejecución separada no se hubiera iniciado en el plazo de un año desde la fecha de la declaración de concurso. La institución que dota de este privilegio al acreedor hipotecario naval es la denominada «separación de buques y aeronaves» del art. 241 TRLC, que se practica «mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica»⁵⁷. En concreto, hay diversos cauces judiciales o extrajudiciales para la ejecución separada del buque hipotecado: uno de ellos es el procedimiento especial de ejecución del buque hipotecado del art. 681 y ss. LEC. Si el acreedor hipotecario naval separa el buque hipotecado a través de este procedimiento ejecutivo cuyo objeto exclusivo es el buque, habrá de aportar al Juez competente para la ejecución «testimonio de la ejecutoria donde conste la declaración de concurso» (681.2 ap. 2º LEC).

Art.140.c) Cuando el buque hipotecado sufriese deterioro que le inutilice definitivamente para navegar.

Art. 140.d) Cuando existieren dos o más buques afectos al cumplimiento de una misma obligación y ocurriese la pérdida o deterioro que inutilice definitivamente para navegar a cualquiera de ellos, salvo pacto en contrario.

El art. 681.2 ap. 2º LEC, también modificado por la LNM, condiciona la ejecución hipotecaria naval a la previa constatación de la situación real del buque a través de certificación emitida por la administración competente. A falta de mayor identificación, puede provenir de una Autoridad Portuaria o de una Capitanía Marítima, en cuando autoridades de puerto y de marina, respectivamente.

Art. 140.e) Cuando se cumplan las condiciones pactadas como resolutorias de la obligación garantizada, y todas las que produzcan el efecto de hacer exigible el capital o los intereses.

Este supuesto aborda el caso habitual de impago de una o varias cuotas periódicas a cargo del deudor que permite al acreedor ejercer una cláusula resolutiva

Código de Comercio, que disponían que la declaración del concurso del deudor civil y la declaración de quiebra del deudor mercantil producían el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados.

57. La RDGRN 20 febrero 2012 (RJ 2012\5956) destaca que llegó a formularse históricamente una regla de derecho material (no procesal) que claramente confería al acreedor un derecho de separación en forma de ejecución separada (arts. 918 Código de Comercio y 39.3 Ley de Hipoteca Naval), pero sólo en la quiebra del comerciante. Con el TRLC, se reconoce legalmente el «superprivilegio» que asiste al acreedor hipotecario naval y aeronáutico.

ria del contrato. A diferencia del caso del art. 140.a) LNM, hay impago de cuotas, pero no ha vencido el plazo pactado para devolver el capital y pagar los intereses. El acreedor hipotecario naval podrá reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento registral respectivo⁵⁸. El art. 140.e) LNM es análogo a lo que dispone el art. 693.2 LEC, que admite la plena eficacia de estas cláusulas de vencimiento anticipado en las ejecuciones hipotecarias⁵⁹. Por último, se plantea si es aplicable a la hipoteca naval lo dispuesto en el art. 693.1 LEC, que condiciona el ejercicio de la acción hipotecaria por el procedimiento especial al vencimiento de «*al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses*». A falta de norma especial en la LNM, y vista la remisión que realiza a los arts. 681 a 698 LEC, del procedimiento especial de ejecución, hemos de entender aplicable esta norma. Esto supone que la cláusula resolutoria de un contrato de hipoteca naval que no respeta el límite de los tres meses de impago no es hábil para fundamentar la acción ejecutiva contra el buque hipotecado⁶⁰.

8. Venta forzosa de buques y purga de gravámenes

Los arts. 480 a 486 LNM, agrupados bajo el título «De la venta forzosa de buques», son de aplicación preferente a las normas de los arts. 681 a 698 LEC, pues la remisión que a la ley procesal hace el art. 141 LNM es «*salvo las especialidades establecidas en la presente ley*».

58. Con arreglo a la derogada Ley de Hipoteca Naval, estos supuestos contractuales distintos del vencimiento del plazo para devolución del capital o del pago de los intereses, no dotaban al acreedor de la facultad de ejecución hipotecaria. Por ejemplo, en AAP Huelva, Sección 3, 28 octubre 2009 (Cendoj, ECLI:ES:APH:2009:816A), se considera que la cláusula por la cual el deudor había impagado las cuotas y el banco usó de la facultad contractual para considerar vencida y exigible la obligación de amortización total del préstamo, era una condición pactada resolutoria del contrato que no permitía la ejecución por medio del procedimiento especial de los bienes hipotecados con arreglo al art. 39 LHN y art. 681.2 LEC (anterior redacción). El AAP Asturias, Sección 7, 10 mayo 2012 (Cendoj, ECLI:ES:APO:2012:476A), confirma la decisión del Juzgado de Primera Instancia de no admitir a trámite la demanda de ejecución referida a un buque draga gánguil hipotecado, porque el deudor había dejado de abonar las cuotas pactadas para el pago. Aunque el contrato preveía la resolución del préstamo por dicho impago, con arreglo al art. 681.2 LEC entonces vigente, previo a la LNM, no se permitía al acreedor acudir al procedimiento privilegiado de ejecución hipotecaria.

59. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., *El procedimiento...*, op. cit., p. 137.

60. En el mismo sentido, JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., «Cuestiones procesales de los privilegios marítimos», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 4, julio-diciembre 2021, p. 124, considera que lo dispuesto en el art. 693 LEC es aplicable a la hipoteca naval, si bien ubica el impago de cuotas en el supuesto de falta de devolución del capital y pago de intereses del art. 140.a) LNM, no en el art. 140.e).

En primer lugar, es preceptivo la notificación de la venta forzosa a quienes identifica el art. 481 LNM y con un plazo no inferior a 30 días. En concreto, la autoridad judicial o administrativa la comunicará al registrador titular del Registro de Bienes Muebles, al titular registral del buque, a los titulares de las hipotecas o gravámenes inscritos que no hayan sido constituidos al portador y a los titulares de hipotecas al portador o de privilegios marítimos si la autoridad hubiera recibido notificación de sus respectivos créditos. Si la venta forzosa se realiza antes de haber transcurrido los 30 días, no procede la cancelación registral de los gravámenes sobre el buque⁶¹.

En segundo lugar, se impone la venta del buque (arts. 485 y 486), en detrimento de la opción del art. 690 LEC de la administración para pago. La forma habitual de venta forzosa del buque será por subasta, por aplicación del art. 691 LEC, por lo que el ejecutante puede adjudicarse el buque si se dan las condiciones⁶². También cabe la realización por persona o entidad especializada del art. 614 LEC (al que remite expresamente el art. 485 LNM). Además, la Exposición de motivos LNM aclara que *«De acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil la venta se puede gestionar directamente por persona especializada y conocedor del mercado, prescindiendo de la subasta»*.

Finalmente, como consecuencia de la venta forzosa del buque, se articula *«una especie de “purga” respecto de todos los gravámenes que sobre el mismo pudieran pesar»* (ap. XI Exposición de motivos LNM y art. 484). No obstante, con el dinero obtenido de la venta, el acreedor hipotecario no va a cobrar con preferencia, como se trata a continuación.

9. Postergación del cobro del acreedor hipotecario naval a favor de acreedores marítimos privilegiados

Es en la prioridad de cobro del acreedor hipotecario donde la ejecución hipotecaria naval presenta su mayor diferenciación con la recae sobre otros bienes hipotecados. El art. 486 LNM, sobre el destino de la suma obtenida en la subasta o la venta directa del buque, contrasta abiertamente con el art. 692 LEC, según el cual el acreedor hipotecario tiene preferencia para el cobro del principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas hasta la res-

61. Por ejemplo, el AAP A Coruña, Sección 4, 26 noviembre 2020 (cit.), niega la cancelación registral de la hipoteca naval de un buque abandonado y adjudicado directamente al demandante, pues la venta forzosa se produjo antes del transcurso de los 30 días.

62. Por ejemplo, se adjudica el buque la parte ejecutante en el caso tratado por la SAP Girona, Sección 2ª, 8 febrero 2019 (*JUR*2019\49232) y en SAN, Sala de lo Contencioso, Sección 3, 20 julio 2017 (Cendoj, ECLI:ES:AN:2017:3085).

pectiva cobertura hipotecaria⁶³. No es así para el acreedor hipotecario naval quien, pese a tener preferencia de cobro sobre el precio del remate de la subasta o de la venta directa del buque, según la fecha de inscripción registral (art. 137 LNM)⁶⁴, se ve relegado en el cobro a favor de los acreedores marítimos privilegiados⁶⁵. El art. 5 del Convenio internacional sobre Privilegios Marítimos e Hipoteca Naval y el art. 122.2 LNM disponen que los privilegios marítimos tienen preferencia sobre las hipotecas y demás cargas y gravámenes inscritos⁶⁶. En definitiva, en caso de ejecución forzosa del buque, el acreedor con privilegio marítimo legalmente reconocido ostenta un mejor derecho del que tiene el acreedor hipotecario. Ello en virtud de privilegios creados por la ley y sin necesidad de consentimiento del deudor, ni de publicidad registral, señalando al efecto que tales privilegios de cobro preferente permanecen «ocultos»⁶⁷. No obstante, los privilegios marítimos no son perpetuos, sino que se extinguen por el transcurso de un año a menos que, antes del vencimiento de ese plazo, el buque haya sido objeto de embargo preventivo o ejecución conducentes a una venta forzosa (art. 9.1 Convenio)⁶⁸.

En particular, tienen prioridad de cobro sobre el precio obtenido por la venta forzosa del buque:

Art. 486.1. Con el producto de la venta se pagarán, en primer lugar, las costas procesales y los gastos originados por el embargo preventivo o por la ejecución y subsiguiente venta del buque. Tales costas y gastos incluyen, entre otros, los gastos de conservación del buque y la manutención de la dotación, así como los sueldos y otras cantidades, y los gastos a los que se refiere el art. 4.1.a) del Convenio

63. SÁNCHEZ LÓPEZ, B., *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 477.

64. Si existen dos o más inscripciones de hipoteca naval, el art. 137.2 LNM sigue la regla general hipotecaria de la prioridad temporal en la inscripción de las hipotecas, lo que se sintetiza con la expresión *prior (in) tempore, potior (in) iuris*. Así, GABALDÓN GARCÍA, J. L.: *La hipoteca...*, *op. cit.*, p. 76. El art. 137.2 LNM es de tenor similar al derogado art. 38 Ley de Hipoteca Naval de 1893.

65. Sobre la postergación en el pago del acreedor hipotecario, en la doctrina, BAENA BAENA, P.: *Derecho...*, *op. cit.*, p. 145; ARROYO MARTÍNEZ, I. y RUEDA MARTÍNEZ, J.-A.: «Comentario al art. 122», *op. cit.*, pp. 368 y 372; GABALDÓN GARCÍA, J. L.: *La hipoteca...*, *op. cit.*, p. 77, BONARDELL LENZANO, R., «La hipoteca naval (II)», *op. cit.*, p. 349 y GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L., «El nuevo régimen...», *op. cit.*, p. 245.

66. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Girona 26 mayo 2016 (JUR/2016\228834) señala que tales privilegios se fundamentan en la necesidad de compensar la limitación de responsabilidad del naviero.

67. ARROYO MARTÍNEZ, I. y RUEDA MARTÍNEZ, J.-A., «Comentarios al art. 122», *op. cit.*, p. 373, reproducen la doctrina que ha tratado su naturaleza jurídica como hipotecas legales tácitas o derechos reales de garantía; BAENA BAENA, P., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 145, señala que el carácter oculto facilita grandemente las simulaciones.

68. En STS, Sala 1ª, 9 febrero 2011 (RJ\2011\2347) se declara la prescripción de un privilegio marítimo que encajaba en los regulados en el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas de 1926.

Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval (sic incluye gastos de repatriación y las cuotas de seguridad.

Segundo, el acreedor hipotecario naval también se ve preterido de nuevo:

Art. 486.2 LNM: El sobrante se repartirá de conformidad con lo dispuesto en el Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval. Satisfechos todos los créditos, el saldo, si lo hubiere, se entregará al propietario y será libremente transferible».

Los créditos marítimos privilegiados del citado Convenio tienen carácter tasado⁶⁹ y son, por orden, los siguientes: a) los citados créditos salariales y de seguridad social de los marineros; b) los créditos por causa de muerte o lesiones corporales, en agua o en tierra, vinculados a la explotación del buque; c) los créditos por la recompensa en caso de salvamento del buque; d) los créditos por derechos portuarios⁷⁰, de canal y otras vías, así como por practica; y, e) los créditos por culpa extracontractual por pérdida o daños materiales ocasionados durante la explotación del buque, distinto de los daños a las mercancías, a los contenedores y a los enseres de los pasajeros transportados a bordo.

Es relevante destacar que los acreedores con privilegios marítimos no tienen preferencia de cobro sobre los que el art. 125 LNM denomina «*créditos de sustitución*», entre ellos, la indemnización del seguro por pérdida o daños ocasionados al buque, tampoco a los derivados de abordaje, contribución en avería gruesa y otros⁷¹.

69. También conforme al Derecho anterior, la STS, Sala 1ª, 13 febrero 2003 (RJ\2003\1014), negó la tercería de mejor derecho por impago de las primas del seguro del buque, al no ser un crédito incluido como privilegiado en el Convenio internacional de Bruselas de unificación de reglas relativas a Privilegios e Hipotecas marítimas.

70. STS, Sala 1ª, 31 octubre 2002 (RJ\2002\9733), reconoce el derecho de la Autoridad Portuaria de Las Palmas a cobrar del precio del remate del buque hipotecado con preferencia sobre el acreedor hipotecario los gastos de ocupación del buque. El Alto Tribunal reconoce el mejor derecho de la Autoridad Portuario en base al entonces vigente art. 2.1 Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas de 1926 y el art. 580.3 Código de Comercio. También SAP Madrid, Sección 15, 17 junio 2022 (Cendoj, ECLI:ES:APM:2022:12095), subasta judicial a instancia del acreedor hipotecario, el precio del remate se entregó para el pago de los créditos privilegiados, de salario de los trabajadores y tasa portuarias, sin apreciar delito de estafa, al ser cantidades correctamente devengadas y pendientes de pago.

71. GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L., «El nuevo régimen...», *op. cit.*, p. 222, MARTÍNEZ DE AZCOITIA, L. y SÁNCHEZ-FAYOS, J., «La hipoteca...», *op. cit.*, p. 159, indica que sirve para compensar el sistema de prelación de los privilegios marítimos sobre la hipoteca naval

10. Prescripción de la acción hipotecaria naval

La acción hipotecaria naval prescribe a los tres años, contados desde que pueda ejercitarse, conforme a las prescripciones de la presente ley (art. 142.1 LNM)⁷². Constituye un cambio relevante respecto al derogado art. 49 Ley de Hipoteca Naval de 1893, que preveía que la acción hipotecaria naval prescribía a los diez años, también contados desde que podía ejercitarse. En una resolución, la Dirección General de los Registros y del Notariado advierte que la LNM no contiene disposición transitoria que se ocupe de determinar cuál es el régimen legal de la hipoteca naval constituida, e interpreta que no es posible aplicar el nuevo plazo de prescripción de tres años automáticamente a todas las hipotecas navales anteriores al momento de entrada en vigor de la nueva ley, pues si así fuera, en todas aquellas hipotecas anteriores que no hubieran cumplido el plazo de diez años de la Ley de Hipoteca Naval de 1893 y que, por tanto, mantienen viva la acción, la LNM produciría el efecto radical de privar al acreedor de la acción hipotecaria.

En materia de subsistencia de la hipoteca naval, el art. 142.2 LNM contiene una norma especial registral. Este precepto dispone que el titular registral del buque podrá solicitar la cancelación por caducidad de la inscripción de la hipoteca, transcurridos seis años desde el vencimiento, si no consta que ha sido novada, interrumpida la prescripción o ejercitada la acción hipotecaria (art. 142.2 LNM). En realidad, no se refiere propiamente a la prescripción de la acción, sino a una cuestión puramente registral de cancelación del asiento. Este nuevo apartado es novedoso, pues con arreglo al art. 50 Ley de Hipoteca Naval de 1893, las inscripciones de hipoteca naval sólo podían ser canceladas por consentimiento del acreedor o por auto o sentencia firme. Lo advierte la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 16 de enero 2017⁷³, que añade que la reforma sigue la estela de otros cambios normativos que tienden a facilitar la cancelación de determinados asientos registrales cuando concurre el transcurso de un período de tiempo lo suficientemente amplio para considerar que el derecho publicado ha caducado o extinguido legalmente. Considera que la cancelación registral de hipotecas anteriores a la LNM sólo podría realizarse transcurridos seis años desde la fecha de entrada en vigor de la LNM, esto es, desde el 25 de septiembre de 2020.

72. En SJM Barcelona, núm. 12, 26 octubre 2022 (Cendoj, ECLI:ES:JMB:2022:4829A), afirma en una ejecución de una embarcación de pesca constituida en 2004, plantea la parte ejecutada la prescripción de la acción ejecutiva de la hipoteca naval (4 años para el ejercicio de la acción).

73. Cit.

11. Conclusiones

1ª La ejecución hipotecaria naval dispone de un régimen jurídico diferenciado del resto de bienes. Sobre la base del procedimiento especial de ejecución hipotecaria de los arts. 681 a 698 LEC, hay que tener en cuenta normas distintas contenidas en la misma ley procesal y otras de aplicación preferente previstas en la LNM en materia de venta forzosa del buque, embarcación o artefacto flotante hipotecado. Entre las especialidades, la competencia objetiva corresponde, aunque falta mayor claridad, a los Juzgados de lo Mercantil en tanto que la hipoteca naval forma parte del Derecho marítimo. El acreedor hipotecario naval también dispone de causas específicas para el ejercicio del derecho de hipoteca, como el «superprivilegio» vinculado a la declaración del concurso que permite al acreedor hipotecario naval separar y ejecutar el buque hipotecado, sin esperar a la apertura de la liquidación. También se prevé que el título de constitución de hipoteca naval en documento privado es suficiente para despachar ejecución. Igualmente dispone de una acción de prescripción de la ejecución hipotecaria que es específica, de tres años desde que pueda ejercitarse.

2ª Sin embargo, la nota más distintiva de la ejecución hipotecaria naval es el debilitamiento de la prioridad de cobro sobre el precio obtenido por la realización forzosa. El acreedor hipotecario ejecutante sólo cobrará con el producto de la realización forzosa del buque hipotecado cuando lo hayan hecho los eventuales acreedores marítimos privilegiados reconocidos legalmente, lo que puede llevar a la frustración de su derecho de crédito.

3ª Es habitual que la hipoteca naval no sea suficiente para obtener la financiación para la adquisición del buque nuevo, usado o en construcción, cada vez de mayor tamaño y coste, y la entidad o entidades de crédito exijan compatibilizarla con otras garantías personales y reales adicionales.

12. Bibliografía

- ALONSO LEDESMA, C.: *Los privilegios marítimos*, Civitas, Madrid, 1995.
- ARROYO MARTÍNEZ, I. y RUEDA MARTÍNEZ, J.-A.: «Comentarios a los art. 122, 127, 128, 129, 130 y 136», en *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima*, I. Arroyo y J.-A. Rueda (dirs), Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2016, pp. 367 a 378, 384 a 386, 386 a 390, 393-396.
- BAENA BAENA, P.: *Derecho de la navegación. Volumen 2. Privilegios, hipotecas y embargos preventivos sobre el buque y aeronave*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

- BONARDELL LENZANO, R., «La hipoteca naval (I). Cuestiones generales y reglas de constitución» y «La hipoteca naval (II). El derecho real de hipoteca naval, su ejecución y extinción», en *Estudios de Derecho marítimo*, J. L. García-Pita (dir.) y R. Quintáns y A. Díaz (eds.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 317-340 y 341 a 374.
- CACHÓN CADENAS, M., *Apuntes de ejecución civil*, Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, 2011.
- CACHÓN CADENAS, M., *La ejecución procesal civil*, 2ª ed., Barcelona, 2018.
- CELIS BLOMGREN, L. G., *El tratamiento jurídico de los créditos marítimos privilegiados y la hipoteca naval: análisis comparativo del Derecho salvadoreño y el Derecho marítimo internacional*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2012, tesis doctoral inédita dirigida por Isabel Martínez Jiménez
- DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996.
- DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. VI. Derechos reales*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2012.
- GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso de Derecho marítimo internacional. Derecho marítimo internacional público y privado y contratos marítimos internacionales con apéndice en cada capítulo sobre legislación marítima española*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2024.
- GABALDÓN GARCÍA, J. L., *La hipoteca naval: Derecho comparado y Derecho uniforme*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2001.
- GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L., «El nuevo régimen de la hipoteca naval en la jurisprudencia y en la doctrina registral», en *Ley de Navegación Marítima: balance de su aplicación práctica* A. Emparanza y J. M. Martín Osante (dirs.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2019, pp. 143-264.
- GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L., *El buque como objeto de garantía (Consideraciones sobre la hipoteca naval)*, Edersa, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., *El procedimiento hipotecario. Las ejecuciones de condena no pecuniarias*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019
- JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., «Cuestiones procesales de los privilegios marítimos», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 4, julio-diciembre 2021, pp. 103-128.
- LÓPEZ DEL POZO, A. y FARIÑA DE PARADA, N., «Situación y perspectivas de los pequeños y medianos astilleros. El reto de la financiación», *Economía Industrial*, núm. 386, 2012, pp. 61 a 67.
- LÓPEZ QUIROGA, J., FERNÁNDEZ-QUIRÓS, T. y DE BUSTOS, H., «La nueva Ley de navegación marítima», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 38, 2014.
- MARTÍNEZ DE AZCOITIA, L. y SÁNCHEZ-FAYOS, J., «La hipoteca naval en el ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de navegación marítima», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 19, 2017, pp. 143 a 172.

SIERRA NOGUERO, E., «La hipoteca naval», en *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*, J. Camacho, J. C. Espigares y G. Velasco (dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 505-536.

SÁNCHEZ LÓPEZ, B., *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.



PROCESSUS IUDICII

Siguiendo con la inmemorial tradición académica, compañeros, discípulos y amigos del Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas le ofrecemos este *LIBER AMICORUM* como muestra de agradecimiento, aprecio y admiración por su brillante trayectoria académica, con ocasión de su jubilación de la Universidad.

La presente obra cuenta con 122 estudios científicos elaborados para la ocasión, en los que han participado 129 autores. Debido a la variedad de temas abordados en las aportaciones que se incluyen en esta obra, se ha optado por dividirlos en grandes bloques. El primer libro está dedicado a la Parte General e incluye una invitación al lector para conocer un poco mejor al Profesor Cachón, su trayectoria profesional y personal, desde la mirada de su maestro, de sus amigos y de sus discípulos. El segundo libro se consagra al Proceso Civil; el tercero al Proceso Penal; el cuarto al Proceso de Ejecución. Y, finalmente, el quinto libro, recoge Estudios históricos y de otras disciplinas, para culminar con la *Tabula Gratulatoria* con dedicatorias de compañeros y amigos que se han querido adherir al homenaje. Los estudios científicos se presentan siguiendo el estricto orden alfabético de los apellidos de los autores y han sido insertados en cada uno de los libros según la materia a la que se circunscriben.

ISBN 979-13-87543-76-1



9 791387 543761