

Sobre la ejecución provisional de condenas de no hacer: especial consideración de la oposición por motivos de fondo.

On the provisional enforcement of permanent prohibitive injunctions: particular consideration of the opposition based on the merits of the case.

Jesús María Santos Vijande

Catedrático de Derecho Procesal.

Ex- Letrado del Tribunal Constitucional.

Fecha de Presentación: noviembre 2011. Fecha de Publicación: diciembre de 2011.

Resumen.

El trabajo analiza, en primer término, el alcance de una laguna legis: el art. 534 LEC no dice qué efectos produce sobre su ejecución provisional la ulterior revocación de la resolución que condena a no hacer. En segundo lugar, se estudia cuándo debe prosperar la oposición de fondo a la ejecución provisional de condenas de no hacer, y en qué casos procede, stricto sensu, la prestación de fianza por el ejecutante.

Abstract.

The article analyzes, first, the extent of a gap in the law: Art. 534 LEC (Law of Civil Procedure) does not say what effects the subsequent revocation of a permanent prohibitive injunction should have on its provisional enforcement. Second, it is analysed when the opposition to the provisional enforcement of a permanent prohibitive injunction, when based on the merits of the case, should

succeed, as well as the cases where it is due, stricto sensu, that the petitioner of enforcement post a bond.

Sumario

- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.
- II. EL ART. 534 LEC NI EXCLUYE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS DE NO HACER NI PUEDE PRIVAR AL EJECUTADO, EN CASO DE REVOCACIÓN, DE UN CAUCE PROCESAL QUE LE PERMITA EJECUTAR, PROVISIONAL O DEFINITIVAMENTE, LA SENTENCIA REVOCATORIA.
- III. LA OPOSICIÓN DE FONDO A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA CONDENA DE NO HACER: EXÉGESIS DE UN ENUNCIADO LEGAL: LA IMPOSIBILIDAD O EXTREMA DIFICULTAD DE RESTAURAR LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL O COMPENSAR ECONÓMICAMENTE AL EJECUTADO EN CASO DE REVOCACIÓN.
- IV. EL OFRECIMIENTO DE CAUCIÓN POR EL PROVISIONALMENTE EJECUTANTE – ART. 529.3 LEC- NO PERMITE INTERPRETAR RESTRICTIVAMENTE LA CAUSA DE OPOSICIÓN DEL ART. 528.2.2ª LEC.

Palabras clave

Ejecución provisional, condena a no hacer, oposición de fondo, fianza.

Keywords

Provisional enforcement, permanent prohibitive injunction, opposition based on the merits, bond.

I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1. La *quaestio iuris* que es objeto de análisis en este trabajo tiene su origen en una laguna legal: el art. 534 LEC calla sobre los efectos de la revocación de la resolución provisionalmente ejecutada cuando esta resolución contiene un pronunciamiento de no hacer. Es incuestionable que, mientras el referido artículo prevé las consecuencias sobre lo provisionalmente ejecutado de la revocación de las condenas a entregar un bien determinado y de las condenas de hacer, nada dice sobre tales efectos cuando se revoca una condena de no hacer. De esta omisión legislativa, ¿cabe inferir, como a veces se ha pretendido ante los tribunales de justicia, que las condenas a un no hacer, a una cesación en tal o cual conducta, no son susceptibles de ejecución provisional, porque si tal ejecución tuviera lugar y la condena posteriormente se revocara, no existiría mecanismo procesal o, mejor, previsión legal alguna que autorizase a resarcir al ejecutado de los daños que se le hubieran causado?

2. Anticipo ya que la relevancia jurídica de esta duda no radica tanto en lo que expresamente enuncia, cuanto en lo que en ella está implícito. Quiero indicar con esto lo siguiente: en lo que se me alcanza, nadie sostiene, en la variopinta doctrina procesal española, que de la evidente *laguna legis* del art. 534 LEC quepa inferir la inejecutabilidad provisional de todas aquellas condenas, no sólo las de no hacer, a que el citado precepto evita referirse. Es más, como regla, la viabilidad de esa inferencia ni siquiera se plantea como un verdadero problema jurídico, entre otras razones porque, según tendré ocasión de reiterar, una deducción semejante incurriría a todas luces en un doble error: de un lado, ignorar lo que la LEC expresamente establece en su art. 525; y, de otro lado, olvidar que las lagunas legislativas han de ser integradas mediante la interpretación y, sobre todo, mediante la aplicación analógica –art. 4.1 CC-, sin que resulte admisible que el exégeta o el aplicador del Derecho, en lugar de realizar la integración a que obliga el axioma de la completitud del Ordenamiento, corten por lo sano ampliando *contra legem* los supuestos que la propia ley establece como exceptuados de ejecución provisional: con ese proceder se da lugar, además, a otro resultado expresamente prohibido por la ley: la aplicación extensiva de un precepto, el art. 525 LEC, que consagra excepciones a la regla general; aplicación de normas, ésta, terminantemente prohibida por el art. 4.2 CC, cuando señala que “...las leyes excepcionales no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

3. Lo que en realidad subyace en la duda que suscita el silencio del art. 534 LEC es algo distinto y de más calado: si ante la eventual revocación de la sentencia dictada en la primera instancia condenando a un no hacer, su ejecución provisional produciría un perjuicio irreparable en el ejecutado, un resarcimiento efectivo imposible o extraordinariamente difícil, derivado del cese en la actividad de que se trate.

Insisto: la verdadera *quaestio iuris* no tiene tanto que ver con el hecho de que la ley incurra en una laguna de la que se deduzca, por una vía interpretativa equivocada, un efecto igualmente erróneo: la imposible ejecución provisional de este tipo de sentencias inferida del silencio legal.

Muy distintamente, la verdadera problemática tiene que ver, en sentido estricto, con el análisis detallado de si, a la luz de las previsiones legales (en sustancia, arts. 528.2.2ª, 529.3 y 530.2 LEC), debe o no prosperar la concreta oposición a la ejecución que se haya formulado en las singulares circunstancias de cada caso, porque si hubiésemos de concluir que, con carácter general, la ejecución provisional de una condena de no hacer provoca siempre un daño irreparable en caso de revocación, entonces sí que estaríamos en presencia de un genuino argumento, de rango incluso *supralegal*, para interpretar extensivamente el art. 525 LEC y concluir en la inviabilidad de tal suerte de ejecución condicional¹: el argumento que consistiría en tener presente, desde el prisma constitucional, la sustancial diferencia que existe entre el derecho a la ejecución de las sentencias firmes en sus propios términos, irroguen los perjuicios que irroguen –derecho incluso en el art. 24.1 CE–, y el derecho a la ejecución provisional, que no está comprendido, en cuanto tal, en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que es un derecho de mera configuración legal, nunca concebible con un alcance tal que haga inoperante o inefectiva la ejecución de la sentencia firme que en su día pudiera dictarse revocando la recurrida.

¹ Es opinión general en el ámbito de la doctrina, refrendada desde antiguo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo –v.gr., STS, 1ª, 21-12-1966; RAJ 1967– que la llamada ejecución provisional es, en realidad, ejecución *condicional*: la ejecución que se despacha y se sustancia –incluso hasta el final– se diferencia de la ejecución definitiva, tan sólo, en que lo ejecutado está sometido a la condición resolutoria de que el tribunal superior no revoque la sentencia que se recurrió y que se ejecutó o aún se ejecuta –art. 532. Y es que la denominada ejecución provisional tiene, por su propia naturaleza y fundamento, vocación de permanencia. Lo demuestra el hecho de que la ley ordene a los tribunales que despachen y lleven a cabo la ejecución provisional “*del mismo modo que la ejecución ordinaria*” (art. 524.2), y que atribuya a las partes “*los mismos derechos y facultades procesales que en la ejecución ordinaria*” (art. 524.3).

3 bis. En este punto, no está de más traer a colación, siquiera sucintamente, lo sustancial de la doctrina del TC sobre la ejecución provisional en el proceso civil y su trascendencia constitucional.

- En primer lugar, el Tribunal ha declarado con gran asiduidad que el derecho a *la ejecución provisional*, por oposición al derecho a la ejecución de las sentencias firmes en sus propios términos, es un *derecho de configuración legal*. Así lo dice, por todas, la STC 266/2000 (fj 4): “...una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en que las resoluciones judiciales firmes tengan, en los propios términos de sus fallos, la eficacia que nuestra CE (art. 118) y el resto del ordenamiento jurídico les otorgan... Si bien cuando de la ejecución provisional de las sentencias se trata no estamos ante un derecho fundamental directamente comprendido en el art. 24.1 CE, sino ante un derecho de configuración legal que el legislador puede establecer sometiéndolo a determinados requisitos, dictados tanto en interés de una buena administración de la justicia como en orden a la adecuada protección de los intereses de las partes en el proceso (SSTC 80/1990, de 26 de abril, 87/1996, de 26 de mayo, y 105/1997, de 2 de junio)”.
- En consonancia con lo anterior, el TC ha afirmado que “es perfectamente compatible la efectividad de la tutela judicial con la eficacia ejecutiva de las sentencias no firmes por haber sido impugnadas, a reserva del resultado final de la impugnación” (por todos, AATC 767/1986, 418/1987 y 103/1993). Con otras palabras, también del TC: “*el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el derecho a la no ejecución provisional de las sentencias*, cuya posibilidad está permitida en términos de legalidad ordinaria por las normas procesales de los diferentes órdenes jurisdiccionales” (ATC 103/1993, FJ 2, citando la STC 80/1990).
- Admitida sin paliativos la compatibilidad entre la ejecución provisional de una sentencia y el art. 24.1 CE, y definido el derecho a la ejecución provisional, desde la perspectiva de su trascendencia constitucional, como un derecho de configuración legal, es coherente que el TC haya sostenido que las cuestiones relativas a la apreciación de si concurren los requisitos para acceder a la ejecución provisional “*no rebasan el umbral de la mera legalidad ordinaria*” (FJ 2, ATC 418/1987). De ahí que, acto seguido, el TC limite su control al examen de “*la racionalidad de las decisiones judiciales sobre ejecución provisional*”, que ha de respetar la interdicción de la arbitrariedad (art. 9 CE): “...dentro de los límites reseñados, la operación jurídica de aplicar la ley al caso concreto configura la función privativa del Poder Judicial, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (117.3 CE)” (ATC 103/1993, FJ 2).

II.- EL ART. 534 LEC NI EXCLUYE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS DE NO HACER NI PUEDE PRIVAR AL EJECUTADO, EN CASO DE REVOCACIÓN, DE UN CAUCE PROCESAL QUE LE PERMITA EJECUTAR, PROVISIONAL O DEFINITIVAMENTE, LA SENTENCIA REVOCATORIA.

4. Una recta interpretación del art. 534 LEC, que atienda al sentido propio de sus palabras, al tenor explícito de reglas especiales sobre qué resoluciones son provisionalmente ejecutables, al espíritu y finalidad que persigue la ley con la nueva regulación de la ejecución provisional, y a los antecedentes legislativos de la actual regulación, en modo alguno autoriza a sostener que la falta de referencia de dicho artículo 534 a las condenas de no hacer excluye la posibilidad procesal de su ejecución provisional.

5. De entrada conviene reparar en que el legislador ha optado por un nuevo sistema de ejecución provisional, sobre la base de una decidida confianza en la impartición de Justicia por los órganos jurisdiccionales de primera instancia –confianza proclamada hasta por tres veces en el § XVI de la Exposición de Motivos de la LEC-, por lo que, “de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y *excepciones*, las sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional” –*ibid.*, § XVI, párrafo 1. Acto seguido, tras señalar que la ejecución provisional será viable sin necesidad de prestar fianza ni caución –*ibid.*, párrafo 2 y art. 526 LEC-, añade poco después el legislador que, “solicitada la ejecución provisional, el tribunal la despachará, *salvo que la sentencia sea de las inejecutables o no contenga pronunciamiento de condena*” –*ibid.*, § XVI, párrafo 3. Esta última idea de la Exposición de Motivos se repite con una mayor concreción, como texto articulado, en el art. 527.3: “solicitada la ejecución provisional, el tribunal la despachará, *salvo que se tratase de sentencia comprendida en el art. 525 o que no contuviere pronunciamiento de condena en favor del solicitante*”.

De esto se sigue con absoluta evidencia que la ley, tras dejar de lado las sentencias que no contengan pronunciamientos de condena, considera sentencias provisionalmente inejecutables únicamente las comprendidas en su art. 525 -nótese el uso de la locución “*salvo que*”-, casos que la propia Exposición de Motivos califica como *excepciones*.

6. Pues bien, desde la primerísima redacción del vigente art. 525, como art. 530 del *Borrador de LEC*, pasando por su redacción en el *Anteproyecto de Ley* –art. 527-, hasta su última versión en

el *Proyecto de Ley* -art. 527-, cuyo tenor fue aprobado sin modificación alguna -excepción hecha del ordinal del precepto-, en ningún momento se ha pretendido incluir, como supuesto no susceptible de ejecución provisional, el de las condenas a no hacer. El *Borrador* incluyó las que hoy son reglas primera y segunda del art. 525.1; el *Anteproyecto* añadió el caso de las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial; por último, el *Proyecto de ley* incorporó el apartado 2 del actual art. 525, atinente a la ejecución provisional de las sentencias extranjeras no firmes. Y, si bien se mira, todas las excepciones a la ejecutabilidad provisional aparecen cualificadas por el tipo de proceso –matrimoniales, filiación, propiedad industrial...-, menos una, una que, precisamente, se menciona desde el primer momento de la actividad “pre-legislativa”: las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad. Justamente un caso de condena no dineraria, el único de entre ellas exceptuado por el legislador.

Así pues, en virtud de qué canon hermenéutico se puede interpretar extensivamente una norma, el art. 525 LEC, que consagra excepciones; excepciones que, por definición, vista la regla general en favor de la ejecución provisional, no pueden ser objeto de exégesis amplias. Ni una interpretación literal, ni teleológica, ni por el contexto, ni por los antecedentes legislativos autorizan a ir más allá de lo que el art. 525 expresamente dice.

7. Más aún: no se puede interpretar ni aplicar extensivamente una norma especial (art. 525), que regula expresamente los casos exceptuados de ejecución provisional, con fundamento en el tenor de un precepto, el art. 534, que aparece bajo la rúbrica *Revocación en casos de condenas no dinerarias*.

Nada induce a pensar que el art. 534 LEC haya pretendido prever, *expressis verbis*, todos los supuestos de revocación de condenas no dinerarias, y mucho menos que, con ese modo de regular no exhaustivo, buscarse ampliar el ámbito de aplicación de un precepto, el art. 525, que sí tiene, como hemos visto, vocación de exhaustividad en la enumeración de los casos excepcionales no susceptibles de ejecución provisional.

Sobre este particular importa destacar cómo la doctrina² ha señalado desde el primer momento de vigencia de la Ley 1/2000 que las omisiones del art. 534 son varias: ese precepto no prevé las concretas consecuencias que se siguen de revocar la resolución provisionalmente ejecutada *cuando condena a la entrega de cosa genérica o indeterminada* (art. 702 LEC), cuando *condena a un no hacer* (art. 710 LEC); tampoco menciona el art. 534 los casos de revocación de una *condena de hacer no personalísimo en que el ejecutante haya optado por el resarcimiento de daños y perjuicios*, como permite el art. 706.1 LEC; tampoco regula expresamente la ley el *supuesto de que la revocación de la condena no dineraria sea parcial*³. Y ello por no hablar de que ni siquiera la ordenación de los casos explícitamente previstos es completa: por ejemplo, en el supuesto de revocación de una condena a entregar un bien mueble determinado, junto con la devolución del bien, la LEC establece la obligación de restituir los frutos y rentas percibidos por el ejecutante provisional, pero nada dice de la necesidad de liquidar los gastos generados al ejecutante para hacerlos efectivos...

8. De estas omisiones nadie ha deducido, porque no hay base legal para hacerlo, que sea inviable la ejecución provisional de las condenas a entregar cosa genérica o de las condenas a no hacer; o que, como el art. 534 no prevé qué pasa con la revocación de una condena de hacer no personalísimo en que el ejecutante haya optado por el resarcimiento de daños, dicho ejecutante no pueda ejercitar esa opción que abiertamente le concede el art. 706.1 LEC... Ejemplo, este último, que evidencia, por reducción al absurdo, la debilidad de un planteamiento como el que vengo criticando.

² Por todos, CABALLO ANGELATS ("La ejecución provisional de resoluciones judiciales en la Ley 1/2000", en *Revista Jurídica Galega*, núm. 26-2000, 1º trimestre, págs. 322-323), DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (*Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, CERA, Madrid, 2000, págs. 396 y 397), FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. (*La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurium, Madrid, 2001, pág. 162) y MONTERO AROCA (*Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 552-553).

³ No resulta plausible la tesis de que el art. 534 LEC es incompleto por inadvertencia del legislador. Digo esto porque tanto el art. 539 del *Borrador de LEC*, como los respectivos arts. 536 del *Anteproyecto* y del *Proyecto de Ley* han previsto únicamente los dos casos de revocación que regula el vigente art. 534 LEC: revocación de resolución provisionalmente ejecutada que condena a hacer o a entregar un bien determinado. Y máxime cuando el art. 539 del *Borrador* experimentó modificaciones –añadido de dos párrafos finales– en el *Anteproyecto*, y cuando el art. 536 del *Proyecto* –coincidente con el del mismo ordinal en el *Anteproyecto*– fue objeto de atención expresa por el legislador durante la tramitación parlamentaria, en la que se añadió el siguiente inciso final a su apartado primero –hoy, locución final del art. 534.1–: "...más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien".

En definitiva: con independencia del acierto o no del legislador, parece más verosímil pensar que éste reguló expresamente los casos que creyó más problemáticos.

8 bis. En esta misma línea argumentativa –descartar una conclusión por los resultados ilógicos a que conduce-, entiendo que es jurídicamente insostenible que pueda resultar de peor condición quien ha obtenido una sentencia a su favor condenando a la contraparte a un no hacer, y pide la ejecución provisional de esa condena, que quien, a la vista de una mera apariencia de buen derecho, puede obtener ese mismo requerimiento judicial de no hacer como medida cautelar. ¿Qué sentido tendría denegar la la viabilidad de la ejecución provisional justamente allí donde es posible, por prescripción expresa de la ley –art. 727.7ª LEC-, la concesión de esa misma petición de cesación como medida cautelar? Y máxime teniendo en cuenta, como elemento de interpretación nada desdeñable, lo que dice la Exposición de Motivos de la LEC sobre la analogía entre el juicio jurisdiccional de otorgamiento de medidas cautelares y el de acceso a la ejecución provisional –§ XVI, párrafos 11 y 12⁴.

9. Partiendo, pues, de la posible ejecución provisional, en el caso que nos ocupa, de las condenas de no hacer, es opinión comúnmente aceptada, en lógica correspondencia, la que sostiene la absoluta necesidad de que, si se produce la ulterior revocación de esa condena, *ante la imposibilidad material de hacer lo que en su momento no se hizo, hayan de indemnizarse los daños y perjuicios económicos causados por el no hacer –compensación íntegra ante la imposible restitutio in natura-*, empleando a tal fin los medios propios de la ejecución de condenas pecuniarias⁵, realizables por el cauce de la ejecución definitiva si la sentencia es firme, o por el cauce de la provisional, si contra la sentencia revocatoria cabe algún recurso ordinario – art. 534.3.

10. La conclusión precedente lo es, claro está, con total independencia de que, atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso, pueda prosperar una oposición de fondo a la ejecución provisional, por concurrir la causa prevista en la regla segunda del art. 528.2 LEC. Es decir: una vez establecido que la ley permite, con carácter general, la ejecución provisional de una condena de no hacer, procede examinar cuándo es posible apreciar la real existencia de los

⁴ La doctrina ha señalado con reiteración –por todos, CABALLO ANGELATS en *La ejecución provisional en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 96- la evidente analogía que se da, muy en particular, entre la adopción de la ejecución provisional y las medidas cautelares de naturaleza conservativa, como son las de suspensión de actividades que puedan contrariar el interés sometido a pleito.

⁵ Con el mismo parecer, por todos, CÁMARA RUIZ (con ORTELLS RAMOS, en *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, 2001, pág. 955), DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (*ibid.*, pág. 377), FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. (*ibid.*, pág. 148, pár. 3) y MONTERO AROCA (*ibid.*, pág. 553).

motivos de suspensión de la ejecución que prevé el art. 528.2.2 LEC: se trata, en definitiva, de delimitar el sentido y alcance efectivos de este precepto, de acuerdo con su tenor literal y atendiendo al contexto insoslayable de esa norma, en particular, a lo que disponen los arts. 529.3 y 530.2 LEC.

III.- LA OPOSICIÓN DE FONDO A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA CONDENA DE NO HACER: EXÉGESIS DE UN ENUNCIADO LEGAL: LA IMPOSIBILIDAD O EXTREMA DIFICULTAD DE RESTAURAR LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL O COMPENSAR ECONÓMICAMENTE AL EJECUTADO EN CASO DE REVOCACIÓN.

11. ¿Cómo interpretar esta causa de oposición cuando lo que se ejecuta con carácter provisional es una orden de cesación o, más en general, una condena de no hacer? En primer lugar, parece claro, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas –tal y como la ley impone en el propio art. 528.2.2ª-, que no se puede interpretar *la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior* como algo equivalente a reponer lo que no se hizo en el tiempo en que no se hizo; si tal fuera el sentido de la ley entonces siempre se daría la causa de oposición porque, obvio es, no se puede hacer lo no hecho en el tiempo en que no se hizo⁶. La Ley tiene que estar refiriendo, so pena de incurrir en superfluidad, a algo distinto. Esto tiene su importancia porque permite advertir, de entrada, que esta causa de oposición no atiende tanto a lo que no se hizo a resultados de la ejecución provisional, cuanto a las consecuencias de ese “no hacer” sobre la previa posición jurídica del ejecutado.

12. A mi juicio, en este concreto punto –imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior...- y respecto de la naturaleza y características de la condena de cesación, el problema no es muy diferente del que planteaba el art. 385 LEC de 1881, cuando hacía

⁶ Que la causa de oposición no puede interpretarse como la imposibilidad de una *restitutio in natura*, de por sí inviable, que abocaría siempre a estimar la oposición, es una conclusión sostenida por la mejor doctrina. Así, SERRANO HOYO, cuando dice: “*En supuestos de condena no pecuniaria consistente en no hacer o en cesar o abstenerse de realizar una determinada actividad, se plantea la cuestión de si el motivo de oposición únicamente es la imposibilidad o extrema dificultad de compensación económica. De lo contrario, triunfaría siempre la oposición por no haber la restauración de la situación anterior*” (*Mecanismos de defensa del provisionalmente ejecutado: en especial, la oposición a la ejecución provisional y la revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada*, pendiente de publicación).

depender la concesión de la ejecución provisional de que la misma no causara *perjuicio irreparable*.

Creo que la imposibilidad o extrema dificultad de restauración que prevé el art. 528.2.2ª LEC hace referencia a aquellos casos en que la ejecución provisional causará al ejecutado un perjuicio distinto del consistente en la mera realización de la prestación debida –o, como veremos, de su equivalente económico–; un perjuicio que se ha de traducir en *consecuencias, digamos, definitivas sobre su patrimonio o sobre su esfera jurídica de actuación*, de tal suerte que, de un modo parecido a como sucede con el necesario otorgamiento de la suspensión cautelar en el recurso de amparo⁷, la ejecución provisional de la condena de no hacer haya de

⁷ Interesa destacar las *evidentes analogías que se dan entre los límites legales a la concesión de la ejecución provisional de condenas no dinerarias y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre cuándo procede suspender cautelarmente la ejecución* –en cierto modo, provisional, por pendencia de un recurso de amparo que puede revocar la sentencia recurrida- *de resoluciones judiciales del orden civil impugnadas en amparo*. Y ello teniendo presente que el art. 56.2 LOTC autoriza la suspensión “cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad..., siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona”.

Como primer axioma, el TC proclama para todos los órdenes jurisdiccionales “el interés general en la efectividad y en la ejecución de las resoluciones dictadas por Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les confiere el art. 117 de la Constitución” (por todos, AATC 284/1995 y 110/1996).

En referencia específica a las resoluciones judiciales civiles, “la premisa de partida es que la interposición de un recurso de amparo, como regla general, no suspende la ejecución de los actos recurridos, salvo en el supuesto expresamente previsto de la pérdida de la finalidad del amparo, y, aun en este caso, condicionado a que la suspensión no produzca las perturbaciones aludidas en el art. 56.1” –hoy, 56.2- (AATC 35/1996 y 123/1996). En consecuencia, habrá de acordarse la no suspensión de la ejecución salvo que el demandante acredite suficientemente la irreparabilidad que para sus derechos fundamentales pudiera tener la ejecución del fallo, privando al amparo de su finalidad, y siempre, en tal caso, que la suspensión no produzca las perturbaciones graves a las que se refiere el mencionado precepto de la LOTC (en estos términos, v.gr., AATC 51/1989 y 13/1999).

Cuando la ejecución de la resolución judicial impugnada en un proceso constitucional comporta con carácter preeminente –no exclusivo- perjuicios de índole económica, el TC ha declarado reiteradamente que no procede la suspensión por ser tales perjuicios reparables en caso de otorgarse el amparo y declararse la nulidad de la resolución (v.gr., AATC 71/1997, 185/1998 y 13/1999).

No obstante, de forma muy excepcional, el TC ha acordado la suspensión en aquellos supuestos en los que la ejecución era susceptible de entrañar perjuicios irreparables, atendidas las circunstancias del condenado, y siempre que éste acredite la realidad o la posibilidad efectiva de tales perjuicios. Así ocurre, entre otros casos, cuando la ejecución pueda afectar a la subsistencia económica de una empresa por falta de liquidez o por asunción de una carga financiera insoportable (AATC 385/1992, 165/1993, 6/1996, 109/1997...).

denegarse cuando se prevea, con arreglo a razón, que va a producir unos efectos tales que hagan inútil la apelación pendiente, sencillamente porque su ejecución, en caso de revocación, no pueda ser real y efectiva.

En resumen: la ejecución provisional no debe proseguir, pese a su inicial despacho, cuando entraña la *pérdida definitiva de la posición ocupada por el ejecutado*. Lo que sucede en el caso de que el cumplimiento de una condena de no hacer pueda implicar tales consecuencias financieras para una empresa que aboquen a su cierre o pongan en peligro su subsistencia.

12 bis. Piénsese, por ejemplo, que la sentencia provisionalmente ejecutada declare nula la constitución de una asociación o la considere ilícita y condene a suspender todas sus actividades; o en la hipótesis de que condene a un fabricante a cesar en su íntegra actividad, de suerte que la paralización transitoria de la misma pudiera abocar a la quiebra de la empresa o a la imposibilidad de recuperar su posición en el mercado. En estos supuestos, sí podría suscitarse la duda fundada –que habrá que ponderar en cada caso- sobre la concurrencia de la causa de *oposición a* (art. 528.2.2ª) y de *suspensión de* (art. 530.2) la ejecución provisional que prevé la Ley de Ritos.

Por el contrario, difícilmente se podrá hablar de daño definitivo e irreversible en la posición jurídica del ejecutado cuando la condena de no hacer afecte a una de sus actividades que no pueda ser calificada como principal, y sí como accesoria o instrumental⁸.

Sea esto dicho, insisto, sin desconocer el carácter excepcional de la irreversibilidad del perjuicio de naturaleza económica. La regla general en estos casos sigue siendo la no suspensión. Un caso paradigmático es el resuelto por el ATC 71/1997, en el que el recurrente había solicitado la suspensión de la ejecución de las resoluciones judiciales que ordenaron reintegrar al demandado en la posesión del inmueble y explotación del negocio por él instalado... Al respecto, el TC dijo:

“...esta Sala no encuentra razones para acceder a la suspensión que se solicita. En efecto, los perjuicios que se alegan como derivados de la ejecución de las resoluciones judiciales recurridas (incluso aquellos que se achacan a una posible pérdida de clientela) no dejan de tener un componente esencialmente económico, y por lo tanto resarcible, sin que peligre pues, por la falta de suspensión, la efectividad de un eventual pronunciamiento estimatorio en el presente recurso”.

⁸ V.gr., piénsese en una ONG cuya actividad primordial, acorde con su fin constitutivo, se desarrolle en el ámbito de la protección de los discapacitados, y que la orden de cesación afecte, por ejemplo, por competencia desleal, a

12 ter. Con todo, he de insistir en la necesidad de la ponderación caso por caso, teniendo presente, eso sí, como criterio general para adoptar la concreta decisión que proceda, la *vocación de irrevocabilidad* que han de tener los perjuicios eventualmente irrogados por la ejecución provisional. Digo esto porque, en situaciones similares a las descritas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional consideró, respectivamente, que ni procedía admitir a trámite el amparo frente a la ejecución provisional acordada por los tribunales ordinarios – supuesto de la suspensión total de las actividades de una asociación (ATC 103/1993-, y que tampoco era pertinente la suspensión cautelar de una sentencia recurrida en amparo ordenando reintegrar a la contraparte en la explotación de un negocio (ATC 71/1997), puesto que “los perjuicios que se achacan a una posible pérdida de clientela no dejan de tener un componente esencialmente económico, y por lo tanto, resarcible...”⁹.

una actividad accesoria que pueda desempeñar en el sector del juego –convocatoria de rifas en combinación con tal o cual sorteo oficial.

⁹ Sobre todo en el ámbito mercantil, es muy frecuente invocar, como causa de oposición a la ejecución provisional de una condena de no hacer, la negativa repercusión laboral que se pueda derivar del cese transitorio en la actividad: en sustancia, la pérdida de empleos...

Las consecuencias laborales de la suspensión de actividad a resultas de una orden judicial de cesación provisionalmente ejecutada no pueden ser, por sí solas, causa de la negativa a seguir con la ejecución provisional; ante un cese en la actividad es poco menos que inexcusable el despido de algunos o muchos de los trabajadores de la empresa afectada por la orden de cesación... Pero, con la ley en la mano –art. 528.2.2ª, es preciso acreditar que la situación de inactividad laboral produce un *daño a la provisionalmente ejecutada en cuanto tal* –no sólo a sus trabajadores-, y que ese daño es irreparable porque lesiona definitivamente su posición en el mercado o, siendo más precisos, sus posibilidades de actuación en el ámbito que le es propio.

Tal cosa sucedería, por ejemplo, si una empresa alegara y acreditara que la cesación en la actividad va a provocar la pérdida de activos laborales insustituibles por su cualificación, ante el riesgo cierto de que esos trabajadores vayan a ser de inmediato captados por la competencia... Este sí sería un alegato concreto digno de ser demostrado y, en su caso, merecedor de estudio detenido por el juzgador. Sin embargo, querer convertir la sola advertencia de que el cese de la actividad repercute sobre algunos trabajadores en motivo para estimar la oposición a la ejecución provisional, constituye un sofisma, a la par que una petición de principio y una tautología.

Un sofisma porque, deliberadamente o no, induce a confusión cuando olvida una premisa insoslayable: que el problema se plantea ante la jurisdicción civil, en un proceso de semejante naturaleza, no en un proceso laboral sobre regulación de empleo o sobre conflicto colectivo... Digo esto porque, con independencia de los mecanismos de previsión social que cada empresario pueda arbitrar “*de acuerdo con*” y “*en beneficio de*” sus trabajadores, la legislación laboral y de seguridad social tiene sus propios mecanismos de protección, ante situaciones difíciles para el empleador con repercusiones perjudiciales, transitoria o definitivamente, para los empleados –v.gr., prestaciones por desempleo, indemnizaciones por despidos improcedentes o nulos...- También hay tautología, además de petición de principio, en el razonamiento criticado, porque, de aceptar, sin otras consideraciones, la lógica de ese argumento, nunca cabría la ejecución provisional.

No está de más remitirme, en este momento, a cuanto he reseñado *supra* I acerca de la necesidad de motivar adecuadamente cada decisión judicial sobre la viabilidad o no de la ejecución provisional, pues su irracionalidad o su posible arbitrariedad sí entrañarían una lesión flagrante del derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE).

13. Para concluir y recapitular en congruencia con lo anterior: si existe perjuicio irreparable, lo de menos será que el ejecutante tenga la máxima solvencia y que de él pueda obtenerse dinero para compensar al ejecutado: sencilla y llanamente, *el dinero no será medio útil* para resarcir el perjuicio causado y salvaguardar el derecho del provisionalmente ejecutado al cumplimiento efectivo de una eventual sentencia revocatoria –derecho fundamental, éste sí, plenamente amparado por el art. 24.1. CE. Se trata, en fin, de que ante un daño definitivo e irreversible –o de reversión en extremo dificultosa- en la posición jurídica del que va a ser ejecutado, el dinero no es idóneo como medio de compensación.

14. Ahora bien, partiendo precisamente de lo que acabo de señalar y de que *la posibilidad sin extrema dificultad de restaurar la situación anterior nada tiene que ver con una irrealizable reparación in natura* (tal sería hacer lo que no se hizo cuando no se hizo), lo siguiente que el juez ha de valorar para decidir sobre la aplicación del art. 528.2.2ª, tras excluir los daños irreversibles sobre el eventual ejecutado –irreversibles en el sentido antes apuntado-, es de qué forma la situación creada con la ejecución provisional puede ser restaurada; siendo *una de las formas posibles*¹⁰ de restablecer *correctamente* –no cabe decir con identidad absoluta- el *status* previo a la ejecución provisional la compensación económica al ejecutado por los daños y perjuicios padecidos.

Y aún he de añadir que, si se diera por buena semejante forma de razonar a efectos puramente dialécticos, entonces, para ser coherentes con las reglas de la lógica, habría que cuestionar la premisa radical que sustenta ese planteamiento, a saber: que una situación transitoria de inactividad laboral causa un perjuicio irreparable, no ya a la entidad ejecutada, sino al propio trabajador...; si hubiera que presumir algo habría de ser más bien lo contrario: el carácter resarcible, reparable económicamente, de los daños y perjuicios, incluidos los morales, que se hayan irrogado por el cese de actividad indebidamente acordado y provisionalmente ejecutado. Esa es, sin lugar a dudas, la regla imperante en nuestro Derecho, susceptible, cómo no, de acreditación en contrario.

¹⁰ Nada excluye, por ejemplo, que la revocación del no hacer provisionalmente ejecutado sea reparable mediante un hacer, por una o varias conductas positivas del prístino ejecutante.

IV.- EL OFRECIMIENTO DE CAUCIÓN POR EL PROVISIONALMENTE EJECUTANTE –ART. 529.3 LEC- NO PERMITE INTERPRETAR RESTRICTIVAMENTE LA CAUSA DE OPOSICIÓN DEL ART. 528.2.2ª LEC.

15. A la luz de la exégesis efectuada del art. 528.2.ª LEC, se puede y se debe entender, del modo máximamente garantista para el provisionalmente ejecutado, el verdadero sentido y alcance de lo que dispone el art. 529.3 LEC, cuando dice:

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.*

Me refiero a que una primera lectura de este precepto podría dar lugar a sostener que está mitigando el tenor del art. 528.2.2ª LEC, y que, incluso cuando resulte imposible o de extrema dificultad restaurar la situación anterior a la ejecución provisional, ésta haya de llevarse a efecto si el ejecutante presta caución para garantizar los daños y perjuicios. Con este planteamiento siempre sería factible la ejecución provisional de las condenas no pecuniarias cuando el ejecutante fuera solvente: la ley estaría previendo, con carácter general, la viabilidad de la restitución por equivalencia, mediante compensación en dinero, únicamente supeditada a la voluntad y solvencia del ejecutante.

Sin embargo, un entendimiento semejante resulta contradictorio con el inequívoco sentido del art. 528.2.2ª LEC, dando lugar a una conclusión absurda: que lo que la propia ley prevé como causa de oposición en unas determinadas circunstancias, que el juez ha de valorar, quede supeditado a dos factores totalmente exógenos tanto al hecho de la ejecución misma y al análisis de sus secuelas sobre la esfera del ejecutado como a la ponderación judicial, cuales son, respectivamente, la solvencia del deudor y su voluntad de afianzar.

16. Parece mucho más razonable pensar que el art. 529.3 LEC es coherente con lo que realmente dice el art. 528.2.2ª, de suerte que no está legitimando la ejecución provisional en caso de daño irreversible, con consecuencias definitivas sobre el ámbito de actuación del ejecutado y sobre la eficaz ejecución de la sentencia revocatoria, que, como queda dicho, es una exigencia constitucional insoslayable.

En este sentido, cabe entender que la caución del art. 529.3 garantiza una imposibilidad de restitución a la situación anterior *cuálitativamente distinta y no tan grave* como la que justifica la denegación de la ejecución provisional –menor gravedad que justificaría la restitución por equivalencia indemnizando los daños causados-, o también, por ejemplo, que la caución preserve una imposibilidad de reposición que atienda a la eventual negativa del prístino ejecutante a actuar en consonancia con la sentencia revocatoria, verbigracia, si hubiera de llevar a cabo un hacer dirigido a compensar el no hacer impuesto a la contraparte por la sentencia revocada...

17. En suma: excluido el perjuicio irreparable de la ejecución provisional, entra en juego la necesidad de valorar la idoneidad de la indemnización para llevar a cabo la revocación de lo ejecutado provisionalmente –insisto en que la restauración del daño reversible podría efectuarse según los casos por otras vías, antes que económicamente-; si la compensación económica se revela idónea a tal fin, habrá que comprobar si es posible hacerla efectiva como requisito para desestimar la oposición. Es el momento en que adquiere trascendencia jurídica la solvencia del ejecutante y, en su caso, el ofrecimiento de la caución a que se refiere el art. 529.3 LEC.

17 bis. En relación con la prestación de caución conviene dejar claramente establecido su carácter potestativo para el ejecutante provisional –“*podrá ofrecer caución suficiente...*”, dice el 529.3 LEC-, y que, congruentemente, de ningún modo cabe sostener que, en caso de oposición a la ejecución provisional de la condena a no hacer, la no prestación de caución lleva aparejada la estimación de la oposición, o que, desestimada la oposición, resulta preceptivo exigir caución al ejecutante que no la ha ofrecido. Nada de esto tiene justificación legal.

No entenderlo así significa contravenir lo que la ley dispone y defender algo absurdo, la necesidad de caución, como mínimo en dos situaciones no necesariamente concurrentes: una, cuando sea evidente la falta de fundamento del escrito de oposición a la ejecución despachada – v.gr., cuando el ejecutado no satisfaga mínimamente la carga que le asiste de acreditar la causa de oposición alegada o, al menos, de suscitar en el juzgador la duda fundada sobre su existencia-; la segunda, cuando la solvencia del ejecutante sea manifiesta e incuestionable. Esta última circunstancia haría totalmente innecesaria la prestación de fianza para el caso de procediera desestimar la oposición, pues la solvencia del ejecutante garantiza la efectiva restitución a la situación anterior mediante la pertinente compensación.

Si no se asumiera este planteamiento, aparte de ignorar el, a mi juicio, evidente carácter potestativo que el art. 529.3 LEC atribuye al ofrecimiento de caución, se estaría contrariando, más gravemente si cabe, la previsión legal de que, en la ejecución provisional, la prestación de fianza es lo excepcional (art. 526 LEC), y más la del ejecutante, a diferencia de lo que sucede con la concesión de medidas cautelares, en que, por fundarse en una mera apariencia de buen derecho –y no, como aquí, en una declaración jurisdiccional de derechos, una vez tramitado un proceso-, se exige, con carácter general, el otorgamiento de fianza. En el ámbito de la ejecución provisional se puede decir, creo que sin temor al equívoco, que cuando la ley quiere establecer preceptivamente la fianza lo hace sin paliativos, como ocurre en el caso de la ejecución provisional de condenas pecuniarias en que el ejecutado pretenda oponerse a medidas ejecutivas concretas (art. 528.3).