

LA EJECUCIÓN FORZOSA CIVIL TRES CUESTIONES SOBRE QUÉ EJECUTAR, QUIÉN PUEDE O DEBE HACERLO Y CÓMO¹

MANUEL ORTELLS RAMOS²

I. INTRODUCCIÓN

El encargo de tratar de cuestiones fundamentales de la ejecución forzosa civil no es en absoluto cómodo, aunque se prive a las cuestiones del artículo determinado. Dentro del Derecho procesal pocas materias como ésta se hallan tan ligadas a los diversos regímenes jurídico-positivos. Esto dificulta encontrar perspectivas que puedan satisfacer el interés de un público conocedor de los problemas –muchos de ellos intrincados– de la ejecución forzosa de su país, pero perfectamente conscientes de que lo que pueda ser expuesto sobre la ejecución forzosa en otros ordenamientos será tan diferente, como probablemente indiferente. No puedo sino evocar la ocurrente frase de Oscar Wilde sobre las tragedias de los otros que, como tal vez recuerden, son siempre de una banalidad exasperante.

A pesar de esa heterogeneidad de los regímenes de la ejecución forzosa respecto de relaciones de Derecho privado creo –o, tal vez, me conviene creer para poder plantearles una perspectiva interesante– los mismos siempre se enfrentan y deben responder a cuestiones encuadradas en tres grandes bloques temáticos:

1º) ¿Qué se puede ejecutar?

Esta sencilla pregunta tiene detrás una compleja serie de cuestiones relativas a la determinación de qué debe o puede ser título ejecutivo, cuál debe o puede ser su eficacia objetiva y subjetiva y en qué medida y bajo qué condiciones pueden ser modificadas, cuál debe ser el alcance de la oposición llamada incidental a la ejecución, dado que esta modalidad de oposición puede borrar la eficacia ejecutiva del título apenas le ha sido reconocida al decretarse la ejecución.

2º) ¿Quién puede ejecutar?

Esta pregunta tiene respuestas asentadas en algunos ordenamientos, pero en otros, como en Derecho español, las reformas recientes han sido combatidas por una parte de la doctrina con cierta radicalidad. Se trata, en síntesis, de la jurisdiccionalidad de la ejecución forzosa civil, o, por ser más preciso, de la medida de su jurisdiccionalidad.

3º) ¿Cómo se puede, o se debe, o es mejor ejecutar?

Es la gran pregunta que abre la reflexión sobre los procedimientos para la ejecución forzosa y, principalmente, sobre los medios o instrumentos ejecutivos de los que debe estar habilitada la autoridad de la ejecución.

He pensado que esta exposición podría tener como objetivo razonable tratar, al menos, una cuestión entre las muchas que se plantean en el marco de cada uno de los bloques temáticos mencionados. Espero que se comprenda que el tratamiento tome como principal punto de referencia el Derecho español, que, por cierto, presenta regulaciones relativamente recientes merecedoras de reflexión en los tres campos. No obstante, se observará que he procurado tomar distancia de los problemas más “localistas”, o, por lo menos ocuparme de ellos con un enfoque que puede ser fácilmente compartido. Espero que contribuya a ello la incorporación de perspectivas de Derecho comparado, que siempre son útiles para descubrir a veces la comunidad de soluciones, pero muchas más la comunidad de los problemas con los que se enfrenta la regulación de la ejecución forzosa civil.

¹ Texto base de la conferencia, seguida de coloquio, pronunciada por el autor en el curso de postgrado de Derecho Procesal de la Universidad de Montevideo, el día 4 de junio de 2012.

² Catedrático de Derecho Procesal Universitat de València (España)

II. QUÉ SE PUEDE EJECUTAR. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS LÍMITES A LA CREACIÓN DE TÍTULOS EXTRAJUDICIALES

La creación de títulos ejecutivos depende –suele decirse– de decisiones de política jurídica del legislador.³

La tesis es, al menos en parte, correcta en un aspecto. No es infrecuente que los textos constitucionales impongan la atribución de eficacia ejecutiva a las decisiones jurisdiccionales, que gozan de la doble legitimidad que les confiere el estatuto de independencia e imparcialidad de su autor y las garantías del procedimiento en el que tales resoluciones han sido formadas.

Fuera de esa clase de resoluciones los textos constitucionales no imponen al legislador el deber de crear otros títulos ejecutivos, por lo menos respecto de relaciones de Derecho privado. En los Estados que los europeos llamamos de Derecho continental y que conservan, cada vez con más limitaciones, el llamado privilegio de decisión ejecutoria, puede encontrar también cierto respaldo constitucional la eficacia ejecutiva de las resoluciones del Poder ejecutivo y de la Administración pública dirigida por él, pero estas resoluciones no versan sobre relaciones de Derecho privado.

El legislador cuenta, pues, con libertad de configuración normativa respecto de la creación o no de títulos que llamaremos, por simplificar, extrajudiciales, libertad que comprende el diseño de estos títulos, es decir, la determinación de sus requisitos y del alcance objetivo y subjetivo de su eficacia.

Ciertamente, esta libertad puede tener condicionamientos constitucionales. En concreto, en Derecho español, específicamente al legislador le vincula el principio de igualdad, en cuanto igualdad en la ley, en el sentido de que no puede conceder el acceso directo a la ejecución con criterios que, por carecer de una justificación objetiva y razonable, sean discriminatorios respecto de personas o entidades que se hallen en las mismas condiciones objetivas para instar directamente la ejecución.

Y este límite no ha quedado en el empíreo constitucional, sino que ha sido aplicado al menos en dos ocasiones, aunque con diverso resultado. En uno de los casos, la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1994 declaró la inconstitucionalidad de la ejecución hipotecaria especial a favor del Banco Hipotecario de España, entidad financiera pública que podía acceder a la ejecución hipotecaria bajo unos requisitos ventajosos frente a los demás acreedores con título ejecutivo hipotecario, aunque fueran también entidades financieras. Y también fue el principio de igualdad, pero ahora aplicado como justificador del trato diferente a los diferentes, el que tuvo presente la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 febrero, para declarar que no es inconstitucional un modo de liquidación, unilateral o casi unilateral, por el acreedor de deudas dinerarias resultantes de operaciones de crédito en cuenta corriente, liquidación necesaria para acceder a la ejecución. Una de las posibles causas de inconstitucionalidad era que ese modo de liquidación no podía ser aplicado por cualquier acreedor, sino sólo por las entidades de crédito. El Tribunal Constitucional consideró justificada la diferencia de trato por el riguroso control que ejercen los poderes públicos sobre las entidades financieras, que minimiza el riesgo de ejercicio ilegítimo de sus facultades, al menos en comparación con la actividad de cualquier otro particular.

No obstante, quisiera referirme a otras limitaciones más radicales a la libertad de creación legislativa de títulos ejecutivos extrajudiciales, limitaciones que pueden ser constitucionales o lo que podría calificar –y luego se entenderá – como ontológicas o estructurales.

1. Títulos ejecutivos extrajudiciales *inter privados* o la legitimidad de la sujeción a la ejecución

En la primera línea de las preocupaciones de la política jurídica y de la ciencia jurídica, en esta materia, está la cuestión de la legitimidad de los títulos ejecutivos extrajudiciales. Estos títulos comportan la creación de relaciones de supremacía y sujeción entre particulares, relaciones que son efectivas, aunque puedan ser contrarrestadas por una oposición incidental dentro del proceso de ejecución o puedan ser eliminadas mediante una impugnación de la ejecución ilícita en un proceso de declaración separado.

3 SASSANI, B., MICCOLIS, G., PERAGO, C., *L'esecuzione forzata*. Lezioni, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, pág. 13; CAPPONI, B., *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, pág. 105. Esta opinión resulta confirmada cuando se comprueba la amplia y heterogénea relación de títulos ejecutivos que los diversos ordenamientos establecen junto a la sentencia firme de condena; a título de ejemplo, véase: LEFORT, Ch., en GUINCHARD, S., MOUSSA, T., *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 6ème. Ed. 2009, págs. 24-93; MÜNZBERG, W., en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, VII, Mohr Siebeck, 22 Auflage, Tübingen, 2002, págs. 78-79, 805-873, 925-926.

La legitimidad de esta clase de títulos necesita descansar, primero, sobre la aceptación voluntaria de quien queda situado en estado de sujeción a la actividad ejecutiva, y, segundo, sobre una certeza suficiente de que esa aceptación voluntaria ha sido realmente expresada.

En definitiva, a falta de la legitimidad para imponer títulos ejecutivos que puede ser reconocida a los poderes públicos, la única fuente de legitimidad de los títulos creados por y entre particulares es la libre vinculación.

Esta clase de cuestiones nos llevaría al tema de las diligencias preparatorias del título ejecutivo y a los problemas técnicos que plantean en los países que las mantienen. En Derecho español anterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el carácter ejecutivo de algunos títulos extrajudiciales estaba rodeado de una notable indefinición, y también lo estaba la naturaleza –ejecutiva, declarativa sumaria- del proceso a través del cual se reclamaban los créditos documentados en aquellos títulos.⁴

En la LEC de 2000 se ha producido una clarificación de esta materia. En el caso de los títulos valores cambiarios clarifica lo que es título ejecutivo, calidad que no tiene el propio título valor cambiario, sino ese título más el requerimiento de pago y la falta de pago o de anuncio de oposición en cierto plazo, dentro de un proceso con estructura monitoria. No obstante, la reclamación de créditos en el procedimiento monitorio cambiario va acompañada de otros aditamentos que demuestran la sutil distancia entre el proceso de ejecución y un proceso declarativo especial, con un régimen privilegiado de embargo preventivo. En efecto, en el procedimiento monitorio cambiario está previsto un embargo preventivo, cuya adopción no depende de que se acredite un *periculum in mora*, ni –salvo alguna excepción- de que se preste caución. Ciertamente poco le falta para ser como un embargo ejecutivo.

2. Los títulos “de baja intensidad”, los títulos “autodestructivos” o los límites ontológicos o estructurales en la configuración de los títulos ejecutivos

Recuerdo las palabras de un político inglés del siglo dieciocho, según el cual el Parlamento podía hacer todo, salvo convertir a un hombre en mujer, o viceversa. Pues bien, el análisis de algunos títulos ejecutivos creados por el legislador permite dudar si no de su poder de crearlos, sí de su destreza al diseñarlos. En efecto, en ocasiones parece fiarse esa creación simplemente a denominarlos títulos ejecutivos o a la norma que dispone que mediante su presentación se puede iniciar un proceso de ejecución. La creación de un título ejecutivo tiene sus propias exigencias diría que ontológicas o estructurales, que constituyen límites que el legislador no puede obviar si se propone crear un verdadero título ejecutivo.

El legislador, en uso de su libertad de configuración se propone privilegiar la tutela judicial de determinados derechos de crédito, en atención a criterios de política jurídica muy diversos –la posición de los eventuales titulares de los derechos, la potenciación de formas no judiciales de constitución de títulos, como alternativa para la descongestión de la litigiosidad-. Ciertamente, el mayor privilegio del que puede dotarlos consiste en conferirles eficacia ejecutiva si son constituidos cumpliendo determinados requisitos. En ocasiones, sin embargo, esta técnica resulta voluntarista, de modo que, a pesar del calificativo formal de título ejecutivo y de su eficacia de apertura del proceso de ejecución, éste queda pronto “contaminado” por una actividad declarativa sobre la verdadera existencia y subsistencia del derecho a prestación que, según la estricta lógica de la tutela ejecutiva, sólo debería ser considerado en la medida en que consta en el título.

Dos supuestos de Derecho español contribuirán a ilustrar los grados de disfuncionalidad en la ejecución forzosa que pueden derivar de la técnica que acabo de mencionar.

A) El “auto de cuantía máxima”: un título ejecutivo rápidamente declinante

En este primer supuesto se produce una disfuncionalidad menos intensa. El título ejecutivo que, en España, llamamos “auto de cuantía máxima” privilegia el derecho de crédito a la indemnización por los daños sufridos a causa de un accidente de circulación de vehículos de motor, cuyo pago está garantizado por un régimen de seguro obligatorio de la responsabilidad civil.

Las principales características de este título ejecutivo son las siguientes:

- 1º) Es una resolución judicial dictada por el tribunal penal en casos en que, por causas diversas, no ha podido pronunciarse en el proceso penal sobre la responsabilidad civil acumulada derivada de hecho de la circulación.

⁴ Remito al completo y claro tratamiento que hacía FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, IV, con De la Oliva, A., Editorial CEURA, Madrid, 1995, págs. 17-97.

2º) Permite instar ejecución por una cantidad máxima en concepto de indemnización por daños personales cubiertos por el seguro obligatorio de vehículos de motor.

3º) El "auto" –la resolución- debe contener una descripción del hecho causante de los daños, la indicación de las personas y vehículos implicados, así como las compañías aseguradoras respectivas.

Obsérvese que el importe del crédito (indemnizatorio) no se halla exactamente establecido en la resolución, que se limita a establecer su cuantía máxima. Y tampoco está definido, entre los implicados, quién es el acreedor y quien el deudor, aunque alguna conclusión puede alcanzarse a partir de la descripción del hecho causante de los daños.

Después de dar generoso acceso a la ejecución sobre la base de este título, dado que éste es esencialmente tan incompleto, el legislador permite una oposición incidental a la ejecución –es decir, una oposición a la ejecución inserta en el procedimiento de ésta y que incide, inmediatamente, en su desarrollo- con un alcance y unas características muy similares a las del proceso declarativo sobre el derecho de crédito en cuestión.

Para empezar, en la oposición por motivos procesales –es decir, la que tiene como motivo más específico la falta de eficacia ejecutiva de lo que ha sido presentado como título ejecutivo- es admisible alegar, con posible éxito, por ejemplo, que:

- a) El auto se refiere a unas lesiones o a unos daños cuya indemnización no está cubierta por el Seguro Obligatorio.⁵
- b) El auto se refiere a daños causados a persona no cubierta por el Seguro Obligatorio.⁶
- c) No está cumplidamente acreditada la realidad de la conducta del asegurado o el nexo causal entre su conducta y los daños causados a quien se presenta como ejecutante.⁷ Lo anterior obsta la eficacia ejecutiva, porque la calidad de agente causal del daño es condición imprescindible para atribuir legitimación pasiva a su asegurador o al Consorcio de Compensación de Seguros, sin que resulte decisiva la simple mención en el auto de las compañías aseguradoras de los vehículos implicados.

Buena parte de los elementos de la responsabilidad extracontractual de la cual nace la deuda indemnizatoria por la que se ejecuta, pueden ser debatidos en la oposición a la ejecución por motivos procesales. Esto significa que, si el juez tuviera o hubiera tenido información en el momento de resolver sobre el despacho de ejecución, podría y debería no haberla despachado en caso de suscitarse los obstáculos mencionados.

Es cierto que falta un elemento para la atribución de la responsabilidad extracontractual, como es el elemento subjetivo de la culpa. Pero tampoco este elemento se quedará sin oportunidad de ser examinado en la oposición incidental a la ejecución.

En efecto, el ejecutado puede formular lo que llamamos oposición de fondo a la ejecución. Esta oposición –admisible, aunque por causas muy limitadas en la ejecución de cualquier título- no se basa en que el deber de prestación ejecutado no consta en el título, sino en que ni el título, ni el derecho ejecutado, se corresponden con la realidad extraprocesal. Lo peculiar en la oposición de fondo a la ejecución iniciada con base al título que comentamos es que las causas en que puede fundarse coinciden con las que podrían ser opuestas si el ejecutado hubiera sido demandado en un proceso de declaración.

Además de poder oponer todos los motivos que son admisibles frente a títulos judiciales y extrajudiciales, el ejecutado puede oponerse con base en tres causas adicionales específicas de este título, cuyo debate y resolución permite precisar el deber de prestación indemnizatoria: la culpa exclusiva de la víctima, la fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo, y la concurrencia de culpas. Estas causas especiales de oposición no tienen limitados los medios de prueba, de modo que, aunque es cierto que los hechos en que se fundan tienen una muy precisa acotación, pueden ser probados sin limitación.

Es útil resaltar que estas causas de oposición coinciden con las únicas causas de exclusión de la responsabilidad garantizada por el Seguro Obligatorio, limitación de causas que responde al preciso diseño de la responsabilidad cuasi-objetiva por la que ha optado el legislador.

Digamos, para terminar la descripción de los datos ilustrativos, que esta oposición suspende la actividad ejecutiva, pero no sólo si se aducen las causas últimamente mencionadas, sino también si se funda en defectos procesales (compárese el art. 556.3 con el art. 557.2 LEC de 2000: el primero no vincula la suspensión a la clase de motivos de oposición).

En conclusión:

5 MARTÍN PASTOR, J., *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, Editorial La Ley, Madrid, 2007, págs. 223-226.

6 MARTÍN PASTOR, *La oposición a la ejecución*, cit., págs. 204-208.

7 MARTÍN PASTOR, *La oposición a la ejecución*, cit., pág. 214.

- a) El ejecutado (la compañía aseguradora) podrá alegar, en la oposición incidental a la ejecución, lo mismo que podría alegar para defenderse en un proceso declarativo en el que hubiera sido demandada para indemnizar por daños cubiertos por el Seguro Obligatorio, porque la aseguradora responsable de la indemnización no podría librarse de su responsabilidad de garantía más que precisamente por esas causas.
- b) Si se opone, deberá producirse la suspensión de la actividad ejecutiva a resultas de lo que se resuelva sobre la oposición.
- c) En fin, la ventaja de quien ha tenido a su favor el título ejecutivo que estamos comentando habrá quedado limitada a obtener, junto con el inicial despacho de ejecución –salvo que esto mismo se haya frustrado, porque, como hemos apuntado, las características del título lo hacen posible–, un embargo ejecutivo, que se mantendrá salvo que la oposición sea estimada. Sin duda ésta no es una pequeña ventaja. Pero la cuestión es si resulta razonable, para otorgarla, instrumentar un proceso de ejecución, que rápidamente es reconducido a la actividad declarativa, cuando el legislador conoce la técnica –similar– de autorizar un embargo preventivo, sin los presupuestos de periculum concreto y de caución, vinculado a reclamaciones de específicos derechos de crédito en procedimientos declarativos especiales (por ejemplo, reclamación de cantidades adeudadas por una compraventa a plazos –art. 441.4 LEC–, reclamación de créditos que constan en títulos-valores cambiarios –art. 821.2.2ª LEC–).

B) El acuerdo de mediación como título ejecutivo: la versión claudicante, su corrección y una engañosa o indebida expectativa

En Derecho español ha sido regulada recientemente la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Lo hizo, en primer lugar y por la vía de urgencia, el Poder Ejecutivo mediante el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo (en adelante, RD-L 5/2012). El Poder Legislativo convalidó ese texto normativo, pero, a continuación, lo tramitó como proyecto de ley y aprobó la Ley 5/2012, de 5 de julio (en adelante, Ley 5/2012), con algunas diferencias de contenido respecto del RD-L 5/2012. Una de esas diferencias se produce en la configuración del acuerdo de mediación como título ejecutivo.

Tanto la versión del título ejecutivo en el RD-L 5/2012, como las razones que se dieron para corregirla al debatirse el proyecto de ley, proporcionan importantes elementos de reflexión sobre lo que podemos llamar la ontología de los títulos ejecutivos. El RD-L 5/2012 diseñaba algo a lo que llamaba “título ejecutivo”, pero que era absolutamente claudicante como tal a la hora de su aplicación.

Por el contrario, en la Ley 5/2012 desaparece esa norma que privaba al título ejecutivo de toda su fuerza. Pero llama la atención la justificación de la enmienda parlamentaria cuya aprobación eliminó la norma problemática, porque esa justificación podría generar la irreal o la indebida expectativa de que el título ejecutivo-acuerdo de mediación, en su nueva configuración, es tan resistente frente a una impugnación mediante demanda en juicio ordinario como lo es un título ejecutivo-sentencia firme dictada en proceso plenario –es decir, productora de cosa juzgada–.

Ni tan poco, ni tanto. Veamos con separación ambas actuaciones normativas sobre este título ejecutivo.

a) El título ejecutivo-acuerdo de mediación en el RD-L 5/2012: ¿un título ejecutivo abortado?

Con ser bastante sorprendente el caso, examinado antes, del título ejecutivo-“auto de cuantía máxima”, no lo es tanto como el del título ejecutivo que diseñó el RD-L 5/2012, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. En este caso la que podemos llamar “contaminación declarativa” afecta al propio título ejecutivo, a la descripción legal de las condiciones de su eficacia ejecutiva, y, consiguientemente, al juicio de examen del título que el juez debe hacer para decidir sobre el despacho de ejecución.

El RD-L 5/2012 perseguía el objetivo de potenciar la mediación como vía de solución de litigios, lo que debía conducir a que en esa vía se pudiera generar un título ejecutivo para aquellos casos en los que los deberes de prestación pactados en el acuerdo de mediación no fueran voluntariamente cumplidos.

En efecto, el nuevo texto legal reguló la creación de un título ejecutivo de la forma aceptable a partir de que la mediación no necesitaba desarrollarse con inmediata intervención de fedatarios públicos. Es decir, dado que el acuerdo de mediación es privado y se formaliza inicialmente en documento de naturaleza privada, para llegar a ser título ejecutivo ese documento ha de ser elevado a escritura pública, lo que, en el caso de que una de las partes niegue su colaboración para el otorgamiento, hace necesario que la parte interesada presente demanda en proceso declarativo pretendiendo la condena a otorgar la escritura.

A pesar del escollo mencionado, el criterio de política jurídica potenciador de la mediación se observaba, al menos a primera vista, en las características y eficacia ejecutiva del nuevo título.

Es cierto que un acuerdo de mediación elevado a escritura pública ya tenía –sin la nueva disposición– la condición de título de ejecución, pero sólo la tenía respecto de los deberes de prestación dineraria establecidos en el mismo. Lo que hizo el R D-L 5/2012 fue equiparar el acuerdo de mediación elevado a escritura pública a los títulos judiciales y arbitrales (art. 517.2.2º LEC). Eso tiene dos importantes consecuencias: en primer lugar, ese acuerdo pasa a ser título de ejecución para toda clase de deberes de prestación que se hayan pactado en el mismo, no sólo para los de pago de dinero; en segundo lugar, los motivos de la oposición incidental de fondo a la ejecución son los más restrictivos previstos por el ordenamiento (art. 556.1 LEC: pago o cumplimiento de la obligación establecida en el título, justificados documentalmente).

El título estaba integrado por el acuerdo de mediación, firmado por las partes y el mediador, que versara sobre materias a las que sea aplicable el R D-L 5/2012 (que excluyen los asuntos de consumo) y por la escritura pública en la que ese acuerdo fuera recogido.

El problema surgía con el examen judicial del título ejecutivo para decidir sobre el despacho de ejecución. Y el origen del problema era una disposición, el art. 28 del R D-L 5/2012, que, bajo el poco dudoso epígrafe “Denegación de ejecución de los acuerdos de mediación”, disponía: “No podrán ejecutarse los acuerdos cuyo contenido sea contrario a Derecho”.

Antes de continuar, debo llamar la atención acerca de que, para resolver sobre el despacho de ejecución solicitado por el ejecutante, el juez puede y debe (pero también está limitado a) examinar la concurrencia de los presupuestos procesales generales –jurisdicción, competencia y capacidades de las partes– y la existencia de título ejecutivo y su eficacia habilitante de la tutela ejecutiva pretendida. El juez debe examinar si los documentos presentados cumplen los requisitos legales para llevar aparejada ejecución que se solicita.

Este criterio de enjuiciamiento tiene unos significados seguros y alguno dudoso y discutible:

- a) Con toda seguridad significa que el juez debe atender a la apariencia externa o formal del documento o documentos aportados como título ejecutivo. La falta de documentos, cuando sean varios los necesarios, los defectos formales en los documentos que impidan reconocer la clase de documentos legalmente exigida, deben conducir a denegar el despacho de ejecución. También las falsificaciones materiales ostensibles o burdas.
- b) También es seguro que este criterio requiere examinar si el documento o documentos, atendido su contenido, son expresivos, representativos o significativos del conjunto de elementos a los que la ley vincula la eficacia ejecutiva (ciertos actos, negocios o hechos jurídicos, que imponen deberes de prestación, en algunos casos solo de ciertas clases de prestación). Esto requiere del tribunal una tarea de calificación jurídica sobre lo que expresa el documento o documentos aportados, para concluir que se halla ante algo correspondiente a un tipo legal de título ejecutivo.
- c) Puede, en cambio, considerarse dudoso y discutible que ese examen deba extenderse hasta apreciar, siempre sobre la única y sola base del documento o documentos aportados por el ejecutante y de sus alegaciones, si el acto o el negocio jurídico están afectados por una causa de inexistencia o de nulidad en sentido estricto -lo que impondría su consideración de oficio-. Es obvio que no deben ser atendidos vicios de anulabilidad porque, aunque hubiera datos que permitieran constatarlos, siempre faltaría la instancia del interesado en hacerlos valer.

Es poco probable en la práctica que la apreciación de vicios de inexistencia y nulidad pueda hacerse sobre la exclusiva base de las aportaciones del ejecutante. Pero esa no es la cuestión. La cuestión es si, constando los datos relevantes, el tribunal podría tomarlos en consideración para denegar el despacho. Y esta cuestión cuya respuesta pudiera estimarse dudosa para los títulos ejecutivos en general, pedía a gritos una respuesta afirmativa en el caso del título ejecutivo del acuerdo de mediación, porque el art. 28 R D-L 5/2012 imponía al juez el deber de no ejecutar los acuerdos “cuyo contenido sea contrario a Derecho”.

Vuelvo a la anterior reflexión. Es cierto que los datos que, en el momento de resolver sobre el despacho de ejecución, estarán a disposición del juez no es probable que proporcionen bases para una denegación del despacho, porque los datos habrán sido aportados unilateralmente por el ejecutante. No obstante, incluso con esta limitación, las posibilidades de una denegación del despacho de ejecución en el caso de un acuerdo de mediación eran notables. Primero, porque, junto con el título, había que acompañar, al pedir el despacho, copia de las actas de la primera sesión del procedimiento de mediación y de la sesión en que se hubiera alcanzado el acuerdo, lo que podía ofrecer amplia información sobre los hechos relevantes para una valoración jurídica de nulidad absoluta. Segundo, porque si bien son necesarios determinados elementos fácticos para constituir el soporte de esa valoración jurídica, el juez podía llegar a la misma simplemente reinterpretando los datos de hecho que hubieran sido presentados por el propio ejecutante.

Pero, por si lo anterior no fuera suficiente, la oposición incidental a la ejecución, fundada en motivos procesales –dado que debía entenderse que el título no cumplía los requisitos legales para llevar aparejada

ejecución si (art. 28 R D-L) los documentos revelaran un acuerdo cuyo contenido fuera contrario a Derecho si que permitía plantear ante el juez todos los aspectos de falta de validez y eficacia del acuerdo, porque elementos de hecho, que hasta este momento no habían aflorado, podían ser alegados y acreditados por el ejecutado. A la hora de resolver sobre esta oposición, el juez no podría eludir el parámetro de enjuiciamiento del “acuerdo no conforme a Derecho”, sino que podría aplicarlo a todos los elementos fácticos relevantes para llegar a tal valoración del acuerdo.

Creo que ahora se entenderá el calificativo algo escandaloso que he aplicado a esta configuración del título ejecutivo: un aborto de título ejecutivo o un título fallido desde su origen. Su propia configuración legal –determinante de la decisiva característica de la tipicidad de los títulos-, al incluir la exigencia de que el acuerdo fuera conforme a Derecho –pocas expresiones más omnicomprendiva que ésta para aludir a todo lo que puede ser examinado en un proceso de declaración- encerraba en si misma el germen autodestructivo del título de ejecución.

b) El título ejecutivo-acuerdo de mediación en la Ley 5/2012: sobre las falsas o indebidas expectativas que puede generar la omisión de la norma restrictiva de la eficacia ejecutiva

Como ya anticipé, el “dinamitador” art. 28 del R D-L 5/2012 ya no aparece en la Ley 5/2012, al haber sido razonablemente eliminado del proyecto de ley que fue tramitado a partir del texto del R D-L 5/2012.

Resulta, sin embargo, extraordinariamente llamativa la justificación de la enmienda que dio lugar a la supresión de ese artículo en el trámite parlamentario. Decía así:

“El artículo 28 procede del proyecto de ley caducado en la anterior legislatura y tenía su sentido cuando se reconocía el carácter de título ejecutivo al acuerdo de mediación sin necesidad de elevación a escritura pública. Con el texto aprobado por el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, en el que se exige la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, momento en que ya se produce un control de legalidad de dicho acuerdo, esta previsión carece de sentido”.

El significado de esta justificación es, sin duda, que la intervención del notario en la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, que ha sido alcanzado de forma privada, garantiza, en principio, que el contenido de ese acuerdo es conforme a Derecho –lo que el notario debe examinar para autorizar la escritura pública (art. 25.2 Ley 5/2012)-, de modo que ese control puede ser eliminado, sin riesgo, en el momento de resolver sobre la emisión del despacho de ejecución.

Estoy de acuerdo en que ese control preventivo de la legalidad del acuerdo de mediación realizado por el notario⁸ justifica la eliminación de que la conformidad a Derecho aparezca como requisito expresamente integrante de la tipicidad del título ejecutivo.

No obstante, me parece conveniente precaver frente a ciertas expectativas que pudieran entenderse derivadas de la justificación antes reproducida.

En primer lugar, aunque el art. 28 R D-L 5/2012 haya sido suprimido, subsiste –entre otras razones, porque no dependía de ese precepto- la duda acerca de si el examen del juez, al decidir sobre el despacho de ejecución, puede extenderse hasta apreciar, siempre sobre la única y sola base del documento o documentos aportados por el ejecutante y de sus alegaciones, si el acto o el negocio jurídico están afectados por una causa de inexistencia o de nulidad en sentido estricto –lo que impondría su consideración de oficio-. La garantía que ofrece la autorización notarial tiene, en todo caso, una eficacia interina que, previsiblemente, será respetada en el examen judicial que se realiza en el proceso de ejecución, pero que, por principio, no puede imponerse como vinculante respecto de ese examen, sino que, por el contrario, se halla sometida al mismo y a una valoración eventualmente diferente.⁹

En segundo lugar –y de modo aún más seguro que lo anterior- que ese examen de la conformidad a Derecho del contenido del acuerdo de mediación no pueda realizarse en sede de ejecución –ni al resolver sobre el despacho, ni mediante la oposición incidental a la ejecución- no significa que no pueda ser pretendido, y deba ser juzgado, en un proceso declarativo separado del de ejecución, en la medida que el art. 564 LEC recuerda que es admisible.¹⁰ Es obvio, de entrada y en términos generales, que la potestad de apreciación última y

⁸ Refiero mi afirmación a un notario con un estatuto y con una preparación jurídica como los del notariado español.

⁹ Sobre esta materia, aunque en relación con la apreciación notarial de otras cuestiones, puede verse ORTELLS RAMOS, M., “Objeto, eficacia jurídica e impugnación del documento notarial. (reflexiones sobre el artículo 17 bis, apartado 2, de la Ley del Notariado)”, en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXX, julio-agosto, N° 684, 2004, págs. 1931-1946, y recopilado en <http://www.bubok.es/libros/187478/Estudios-de-Derecho-Procesal-Proceso-Civil-II-19992009>

¹⁰ Este artículo de la LEC dispone lo siguiente: “Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte

definitiva de la conformidad a Derecho el ordenamiento no la atribuye a los notarios, sino a los jueces, en ejercicio de su potestad que produce cosa juzgada. En segundo lugar y más específicamente, la propia Ley 5/2012 dispone, en su art. 23.4, que: “Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”.

III. QUIÉN PUEDE O DEBE EJECUTAR ¿SOLO EL JUEZ O QUÉ DEBE ESTAR RESERVADO AL JUEZ?

El ámbito temático de quién puede o debe ejecutar es –si se me permite la expresión– un hervidero de cuestiones.

Para una justificación rápida y convincente de la anterior apreciación es oportuno remitir a la ponencia general sobre la ejecución civil en las Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que se celebraron en Santiago de Chile, en agosto de 2011.¹¹ Los ponentes generales incluyeron en su cuestionario tres preguntas diferentes, aunque relacionadas, destinadas a obtener información y promover el debate sobre la jurisdiccionalidad de la ejecución y sobre la medida de esa jurisdiccionalidad. Se preguntaba sobre (1) la previsión legal, en los diferentes ordenamientos, de ejecuciones extrajudiciales, (2) sobre si, dentro de la ejecución judicial, había previsiones de realización de los bienes muebles o inmuebles en forma privada, para terminar con la pregunta radical (3) sobre si la ejecución forzada es de naturaleza jurisdiccional, administrativa o privada.

1. La distribución de potestades respecto de la ejecución entre jueces y otros representantes del poder público en importantes ordenamientos europeos

En diversos –e importantes– ordenamientos europeos tiene gran tradición la distribución de potestades y funciones respecto de la ejecución forzosa entre los jueces –a veces, más de un órgano jurisdiccional tiene atribuciones, aunque uno de ellos sea titular de las atribuciones más generales– y otro u otros representantes del poder público sin estatuto jurisdiccional.

Esa distribución de potestades y funciones presenta una gran heterogeneidad en los diversos ordenamientos. Pueden influir en ella, por ejemplo, la clase de prestación establecida en el título que se ejecuta o la clase de derechos o situaciones jurídicas afectadas por la actividad ejecutiva que debe realizarse, o la calidad de la función (decisión sobre cuestiones complejas, función de control). Pero lo esencial es que el juez no aparece como único representante del poder público en la realización de la actividad ejecutiva, ni como el principal, al menos en el sentido de que asume de manera preponderante la carga de desarrollar esa actividad.

En Derecho italiano¹² la figura del *ufficiale giudiziario* es calificada por los autores como central,¹³ a pesar de que, en el plano de las formulaciones normativas generales del *Codice*, se enfatice el papel del juez.¹⁴ En realidad, el juez tiene atribuidas primordialmente funciones de dirección del procedimiento y de control,¹⁵ de decisión sobre ciertas alternativas del procedimiento y de cuestiones incidentales.¹⁶

El Derecho francés atribuye potestades y funciones diferentes –y ninguna de ellas de escasa importancia– al *juge de l'exécution* (arts. L121-1 al L121-3, L131-3, entre otros, de la reciente *Ordonnance n°2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution*) y al *huissier de justice* (arts. L122-1, L122-2, L153-2, entre otros, de la citada *Ordonnance*). La tendencia ha sido hacia la desjudicialización, a que la ejecución se lleve a cabo por los agentes de la ejecución, sin intervención ordinaria del juez, que se

ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda”

11 Remito a la ponencia general sobre “La ejecución civil”, de DE HEGEDUS, M. y ROMERO, A., y a las ponencias nacionales relacionadas, todo ello publicado en *Derecho procesal contemporáneo*, coord. TAVOLARI OLIVEROS, R., I, Puntotex-Thomson Reuters, 2010, págs. 516-686.

12 Para una exposición descriptiva y con pocos calificativos de la distribución de poderes y de funciones véase CAPPONI, *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile*, págs.50-53.

13 MANDRIOLI, C., *Diritto Processuale Civile*, IV, G. Giapichelli Editore, Torino, 2011, págs. 25-26; SASSANI, B., MICCOLIS, G., PERAGO, C., *L'esecuzione forzata. Lezioni*, G. Giapichelli Editore, Torino, 2010, pág. 7.

14 VERDE, G., *Diritto Processuale Civile*, III, Zanichelli, Bologna, 2010, págs. 9-11.

15 MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, IV, cit., pág. 26.

16 BIAVATI, P., *Argomenti di Diritto Processuale Civile*, Bononia University Press, Bologna, 2011, pág. 713.

limita a otorgar ciertas autorizaciones previas necesarias para la protección del deudor y a resolver conflictos.¹⁷ De ahí que pueda decirse que el *huissier de justice* es el principal agente de la ejecución,¹⁸ sin perjuicio de las competencias que corresponden al juez de la ejecución.¹⁹

En fin, por cerrar una referencia solo ejemplificativa –aunque, ciertamente, con ejemplos señeros– en Derecho alemán el *Gerichtsvollzieher* es el funcionario de la administración de justicia al que está atribuida la competencia funcional residual para todos los actos de la ejecución que la ley no reserva expresamente a los tribunales (parágrafo 753.1 ZPO). No obstante, el cuadro final de las específicas atribuciones es complejo,²⁰ y, en todo caso, están previstos diferentes instrumentos para el control judicial de los actos no realizados por jueces.²¹

2. La reciente –y un poco tormentosa– incorporación del Derecho español al modelo de distribución de potestades entre el juez y el secretario judicial

El Derecho español era ajeno a la solución tradicional en los ordenamientos europeos mencionados. La mayor parte de potestades cuyo ejercicio es necesario en un proceso de ejecución correspondían a los jueces, sin perjuicio de las funciones auxiliares de secretarios judiciales y de otro personal de apoyo a la actividad del juez, entre las que, dentro de la ejecución, destacaba la atribución al agente judicial –categoría de menor rango en la estructura del personal auxiliar judicial– de unas funciones que después se mencionarán.

Además de no tener tradición otro modo de atribuir las potestades para la ejecución forzosa civil, la Constitución Española de 1978 (CE) –utilizando una expresión de gran raigambre histórica– establece, en su art. 117.3 una determinación constitucional del contenido de la potestad jurisdiccional que, de acuerdo con la propia Constitución, solo a los jueces y tribunales puede ser atribuida. Consecuencia de lo último es que el modelo de atribución de potestades para la ejecución forzosa ya no solo depende de los criterios de política jurídica del legislador, sino que está condicionado por la determinación constitucional mencionada. Concretamente, el art. 117.3 CE dispone: “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 procedimiento que las mismas establezcan”.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 realizó una tímida ampliación de las potestades del secretario judicial en el proceso de ejecución. Un paso más decidido hacia el cambio del modelo se dio con la nueva ordenación de la oficina judicial, mediante las reformas legislativas que se iniciaron con la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ (en adelante la citaremos como LOPJ-reforma 2003), y que continuaron con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial (en adelante la citaremos como Ley 13/2009), y con la Ley Orgánica 1/2009, de la misma fecha (en adelante la citaremos como LO 1/2009), que complementaba la anterior en lo necesario para reformar la LOPJ.

Entre los autores y los profesionales del Derecho se han expresado valoraciones enfrentadas acerca de la posible inconstitucionalidad de parte de estas reformas, específicamente, por lo que ahora nos interesa, respecto de las nuevas potestades atribuidas al secretario judicial en la ejecución. Está, pues, justificado reflexionar sobre el tema.

La potestad de juzgar no agota las potestades de las que el órgano jurisdiccional ha de estar investido para dar una tutela efectiva –como debe hacer para satisfacer el derecho reconocido en el art. 24.1 CE–. Para ello puede ser necesaria la potestad de ejecución. La cuestión de si la CE también impone la atribución exclusiva a los órganos jurisdiccionales de la potestad de ejecución tiene una respuesta en principio fácil: el art. 117.3 CE establece que forma parte de la potestad jurisdiccional (por lo tanto de la potestad exclusiva de los tribunales) la potestad de “hacer ejecutar lo juzgado”.

A la hora de precisar en qué consiste esa potestad exclusiva de ejecución se suscitan dos problemas.

17 GUINCHARD, S., MOUSSA, T., *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 6ème. Ed. 2009, pág. 218.

18 SOMMER, J.-M., en GUINCHARD, MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 6ème. Ed. 2009, págs. 328-332.

19 SOMMER, en GUINCHARD, MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution*, cit., págs. 227-245.

20 STÜRNER, R., en BAUR/STÜRNER, *Kzwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, págs. 98, 102, 112-114; MÜNZZBERG, en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, VII, cit., págs. 471-472, 540-542.

21 STÜRNER, en BAUR/STÜRNER, *Kzwangsvollstreckungs*, cit., págs. 493 y sigs.; MÜNZZBERG, en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, VII, cit., págs. 545-588.

En primer lugar ¿Quién debe tener la potestad de ejecución de títulos ejecutivos que no consistan en un previo juicio de los tribunales (por ejemplo, los del art. 517.2.2º, 4º a 8º LEC)? Una interpretación pegada a la letra del art. 117.3 CE se atrevería a decir que si el título ejecutivo no consiste en una previa resolución de un tribunal que imponga un deber de prestación (“lo juzgado”), la Constitución ya no le atribuye en exclusiva al juez la potestad de “hacer(lo) ejecutar” y esta potestad puede ser atribuida, sin riesgo de inconstitucionalidad, a otros órganos del poder público. No comparto esa opinión. En primer lugar, las interpretaciones literales no son las más adecuadas para las disposiciones constitucionales; es más importante atender a la garantía que pueden establecer para las personas y a la justa atribución de potestades a los órganos del poder público. En segundo lugar, los títulos ejecutivos no creados por pronunciamiento judicial en materias diferentes al Derecho administrativo no pueden ser tratados como los títulos ejecutivos que establecen un deber de prestación regido por el Derecho público y en favor de las Administraciones públicas, sencillamente porque en el caso de títulos extrajudiciales privados no existe nada de eso y, por tanto, tampoco base para una potestad pública de autotutela ejecutiva. O bien se abre el camino a una estricta autotutela ejecutiva privada,²² o bien hay que atribuirle la potestad a un tercero sobre ejecutante y ejecutado –no como la Administración, que actúa como ejecutante frente al ejecutado- cuya función de juzgar, en estos supuestos, consiste en comprobar si hay o no un título ejecutivo y en qué medida debe dársele eficacia. Y ese tercero sólo puede ser un juez.

El segundo problema es en qué consiste la potestad de ejecución, como parte de la potestad jurisdiccional exclusivamente atribuible a los órganos jurisdiccionales. En este aspecto, el art. 117.3 CE se expresa de un modo que, sin perjuicio de las garantías que veremos, deja al legislador ordinario un ámbito de configuración normativa bastante amplio. En efecto, la disposición no dice que la potestad jurisdiccional consista en ejecutar lo juzgado, sino en hacerlo ejecutar.

De esa matizada expresión del precepto constitucional se deducen dos consecuencias.

La primera es que facilita entender que tan legítima desde el punto de vista constitucional es una ejecución por medios de subrogación –en la que, si la naturaleza del deber de prestación lo permite, el órgano jurisdiccional sustituye la acción del ejecutado sobre su patrimonio para satisfacer el derecho del ejecutante-, como una ejecución por medios de coacción –en la que el órgano jurisdiccional tiene instrumentos para presionar legítima y efectivamente al ejecutado para que realice la prestación-. Quisiera insistir en que la anterior afirmación se hace desde la perspectiva de la constitucionalidad, no desde el punto de vista de la mayor efectividad y eficiencia del proceso de ejecución. La valoraciones de efectividad y eficiencia tienen respuestas muy diversificadas en función de factores igualmente diversos; la doctrina puede sostener –preferible que con suficiente fundamento- diferentes tesis sobre las mismas, pero el legislador puede optar entre opciones político-jurídicas igualmente legítimas desde el punto de vista constitucional.

La segunda consecuencia –que puede tener algún contacto con la anterior- es que la expresión constitucional da cobertura a un régimen legal de la ejecución en el que no sea el juez quien deba realizar directamente los actos ejecutivos, aunque, en todo caso, sí que deberá tener atribuida la potestad de ordenar que esos actos se realicen y disponer de instrumentos para hacer efectiva esa orden suya.

No creo que sea razonable restringir, con argumentos radicales de inconstitucionalidad, las opciones de atribución de poderes y funciones en el proceso de ejecución que el art. 117.3 CE –con su matizada expresión- deja abiertas ante el legislador ordinario.

En primer lugar, ni siquiera cuando se entendía que el juez tenía atribuidas las más amplias potestades para el desarrollo del proceso de ejecución, era el juez quien debía realizar directamente todos los actos de poder público necesarios para completar ese proceso. En los embargos domiciliarios (diligencias de embargo en el domicilio o locales del ejecutado) y en los desahucios se reconocía que el agente judicial actuaba

22 Eso es lo que hace el art. 129 LH cuando dispone que: “Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario”. La nueva redacción del precepto deja claro que no estamos ante un proceso de ejecución y elimina las dudas de inconstitucionalidad que, a veces, manifestó la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS; brevemente sobre esto, véase MARTÍN PASTOR, J., con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, Cizur Menor (Navarra), 2010, Aranzadi Thomson Reuters, pp.844-845. En la misma obra, p. 689, ya expresé que la tesis de la inconstitucionalidad era probablemente “errónea puesto que el notario –cuya intervención es necesaria en calidad de fedatario público, como en otros supuestos similares de obtención del valor de bienes del deudor sin actuación judicial (arts. 1872 CC, 16.2 Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 13 de julio de 1998) – no ejerce ninguna potestad de ejecución, ninguna coerción ni jurídica ni material sobre el patrimonio del deudor. La coerción que supondría el embargo es suplida por la voluntaria constitución de la hipoteca. La que significaría la adjudicación al mejor postor en la subasta se evita también porque, al constituirse la hipoteca, ha sido designada una persona para que, de ser necesario, otorgue la escritura en nombre del hipotecante”.

con autoridad delegada del juez. Aunque podría entenderse que eso era precisamente significativo de la omnipresencia del juez –aquí mediante un delegado-, la realidad era que la actuación procesal del órgano jurisdiccional se producía, en estos casos, mediante la acción de personal auxiliar, que, claramente en el caso del embargo, actuaba con base en una orden genérica del juez de que fueran embargados bienes suficientes del ejecutado, que el agente judicial (o el auxiliar judicial) concretaba con plena eficacia jurídica al determinar el bien que debía ser incluido en la diligencia (art. 587.1 LEC) y que estaba sujeto a los controles judiciales, de oficio (art. 609), o a instancia de parte (art. 532.1.3ª y 2 LEC) previstos por la ley.

En segundo lugar, en los procesos de ejecución penal –en cuanto a la ejecución de penas privativas de libertad- y contencioso-administrativo, en cada uno de ellos por razones diferentes, el juez aparece situado en una posición que representa más claramente la estructura de poderes característica del “hacer ejecutar”, que la de ejecutar directamente. Sin embargo, eso no significa que el juez no tenga atribuida la máxima potestad sobre el desarrollo de la ejecución, sino que, para el ejercicio de la misma, se sirve de las funciones de auxiliares y de colaboradores.

Centrando la atención en el proceso civil de ejecución, y sin descender a detalles, la Ley 13/2009 ha concretado el “hacer ejecutar lo juzgado” con una regulación en la que el juez domina la ejecución en un doble aspecto:

1º) Tiene la potestad de ordenar que se realice la ejecución, tras el examen del título ejecutivo, determinando su alcance subjetivo (arts. 551.1, 540 al 544, 704.2 LEC) y objetivo (arts. 551.1, 572.2, 575, 576 a 578 LEC). La potestad de determinar el alcance objetivo comprende la de apreciar que debe ser modificada la prestación ejecutable en los supuestos previstos por la ley y la de determinar la entidad de la prestación substitutiva (arts. 701.3, 702.2, 706.2, pár. segundo, 709.2, pár. segundo, 712 y siguientes LEC). También tiene la potestad de decidir que no continúe la ejecución que hubiera ordenado iniciar (arts. 559, 561, 566, 567 y 569 LEC).

2º) Tiene potestades de control sobre el ejercicio de las potestades para la ejecución que la ley atribuye al secretario judicial.²³ El control se ejerce, en unos supuestos, de oficio (arts. 225.6º, 562.2 y 609 LEC); en otros, a instancia de parte, mediante el mal llamado “recurso de revisión” (arts. 531, 551.5 –norma de gran fuerza expansiva, porque es aplicable a toda resolución del secretario sobre el cumplimiento del despacho de ejecución-, 558.2 y 570 LEC).

Al secretario judicial se le atribuyen las potestades de aplicar los instrumentos ejecutivos que la ley ha establecido para la ejecución judicialmente despachada, en función de las características relevantes de ésta (así, en general, el art. 551.3 LEC). Pero esta regla general experimenta restricciones que mantienen en manos del juez potestades que, en principio, podrían entenderse comprendidas en aquélla. Así, el secretario judicial no puede:

1º) Imponer multas coercitivas a quien no tenga la condición de ejecutado (art. 591.2 LEC), aunque estas multas sean uno de los instrumentos legales para hacer cumplir el deber de colaboración de los terceros en la ejecución.

2º) Resolver sobre la pertenencia de los bienes al ejecutado a efectos de su embargo, si un tercero ha impugnado preventivamente tal pertenencia (art. 593.2 LEC). Y ello aunque el secretario judicial sí que ha podido apreciar los indicios de pertenencia para decidir inicialmente la afección.

3º) Determinar el régimen de la administración judicial si no hay acuerdo entre las partes (art. 631.1, pár. tercero LEC), aunque la administración es una garantía de la afección que él ha podido decretar.

5º) Aplicar los medios ejecutivos previstos en caso de condena a emitir una declaración de voluntad (art. 708 LEC).

6º) Apreciar si la prestación de hacer impuesta por el título ejecutivo tiene carácter de hacer personalísimo (art. 709 LEC).

Esta atribución de potestades me parece constitucionalmente impecable, con un única duda debida a la falta de previsión del “recurso de revisión” con una norma general que impida que ninguna resolución del secretario judicial quede exenta de control por el juez. La falta de esa previsión es evidente con sólo observar el art. 562 LEC. Pero la consecuencia de que pueda haber resoluciones del secretario judicial exentas de control por el juez queda excluida por lo dispuesto en el art. 454bis.1 LEC, que, en casos de falta de previsión legal de ese recurso, permite someter la cuestión al juez en la primera oportunidad de actuación ante él y, en todo caso, antes de que se dicte resolución definitiva.²⁴

²³ Esta potestad de control efectivo por parte de los tribunales era la que exigía el TC para entender conforme a CE la regulación de la ejecución en la LJCA de 1956: véanse, entre otras, las STC 32/1982, de 7 de junio; STC 67/1984, de 7 de junio; STC 109/1984, de 26 de noviembre; STC 155/1985, de 12 de noviembre.

²⁴ En el proceso de ejecución, esa resolución definitiva sería el decreto del secretario que pone término a la ejecución (art. 570 LEC). Se podría presentar la reclamación ante el juez antes de ese decreto, o, tal vez mejor, aprovechar el “recurso de

IV. CÓMO SE DEBE O ES MEJOR EJECUTAR. EN ESPECIAL, SOBRE LAS INSEGURIDADES EN LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS EJECUTIVOS DE COERCIÓN INDIRECTA

Una respuesta sintética a esta gran cuestión podría ser ésta: deben establecerse los medios o instrumentos ejecutivos idóneos para que el deber de prestación que consta en el título sea cumplido forzosamente de una manera eficiente.

La doble exigencia, priorizada por este orden, de que el deber de prestación, exactamente el mismo y todo él, sea llevado a la práctica, y de que el modo de hacerlo sea eficiente, debe orientar el diseño de los medios ejecutivos.

Tradicionalmente, la ejecución por medios de subrogación satisface esa doble exigencia respecto de buena parte de las prestaciones, al menos en términos generales.

No obstante, en algunos ordenamientos, una clase de prestaciones de hacer –las de hacer infungible o personalísimo- y las prestaciones de abstención adolecen, o adolecían, de medios idóneos, precisamente desde la perspectiva de la exigencia prioritaria –es decir, de su idoneidad para garantizar el cumplimiento exacto del deber de prestación-. Esto nos conduce a la reflexión sobre los medios ejecutivos de coerción indirecta, a la dedicaremos atención preferente en este apartado.

1. La mejora de la eficiencia de los instrumentos ejecutivos para la ejecución por prestaciones dinerarias

La ejecución por prestaciones dinerarias es, estadísticamente, la más frecuente en el proceso civil. Como ya apunté, los instrumentos o medios ejecutivos propios de una ejecución por medios de subrogación (embargo, realización forzosa y pago) satisfacen, en términos generales, la exigencia de eficiencia, en cuanto el objetivo perseguido por la actividad ejecutiva puede ser conseguido sin depender de la colaboración del ejecutado.

No obstante, la eficiencia continúa proyectando sus requerimientos sobre la compleja ordenación de la serie de actos en los que se sustancian los medios de subrogación. Y en esto queda mucho camino por recorrer, del que me limitaré a mencionar los hitos más sobresalientes:

1º) Respecto del acto básico, que, sin duda, es el embargo, el perfeccionamiento de los medios para conseguir la imprescindible transparencia patrimonial del ejecutado.

Es importante establecer medios para forzar la colaboración del ejecutado para la manifestación de su patrimonio. También aquí pueden jugar un papel los medios ejecutivos de coerción indirecta, aunque, en mi opinión, no cabe esperar mucho de las multas coercitivas, dado que, si el problema es el desconocimiento de activos patrimoniales del ejecutado, poco ayuda la incorporación de un medio cuya efectividad requiere, precisamente, que sea conocido –y suficiente- el patrimonio del ejecutado.

Estimo más útil mejorar los instrumentos para obtener la colaboración de terceros para el descubrimiento del patrimonio del ejecutado. En la raíz de esta cuestión, nos encontraremos con la necesidad de acotar el ámbito del derecho a la intimidad en lo referido a la situación patrimonial. Parece absurdo que quien voluntariamente, con su actividad contractual, participa en un ámbito público como es el mercado, o que quien, por la negligencia de su conducta, causa daños a los bienes personales y patrimoniales ajenos, pueda invocar –o sea tolerable que se invoque en su favor- el derecho a la intimidad para eludir o dificultar que sea efectiva la responsabilidad por su conducta.

2º) La mejora de la eficiencia de la actividad de realización forzosa debe tener como objetivo evitar o reducir la tendencia frecuente a la depreciación de los bienes embargados al entrar en el procedimiento de realización. Hay que reflexionar sobre los medios alternativos a la muy tradicional subasta judicial, e incluso sobre el punto en el que la eficiencia impone prescindir de la actividad de realización forzosa sobre determinados bienes, porque ésta no compensa los costes de transacción.

3º) También el régimen de la actividad de pago merece reflexión desde la perspectiva de la eficiencia. ¿Es más eficiente un sistema de preferencia de cobro del primer ejecutante, eventualmente contrarrestado por una (o por varias) tercerías de mejor derecho, o un sistema, más colectivizado, de concurso de acreedores en el proceso de ejecución singular?

revisión” que, contra ese decreto, la LEC prevé expresamente en el art. 570 LEC para presentar ante el juez impugnaciones contra resoluciones del secretario judicial, no inmediatamente admisibles al cometerse la infracción.

2. ¿Multas o astringencias? Cuestiones dudosas sobre los instrumentos idóneos para una ejecución por medios de coerción indirecta

Los medios de ejecución indirecta pueden ser útiles en una ejecución por medios de subrogación para, por ejemplo, forzar al ejecutado a cumplir su deber de manifestación de bienes, o a determinados terceros a cumplir su deber de colaboración en la investigación del patrimonio del ejecutado.

Esos mismos medios son, más que útiles, imprescindibles si la prestación establecida en el título ejecutivo solo puede ser realizada por el ejecutado y el ordenamiento considera valioso forzar el cumplimiento específico de la prestación, en vez de abrir inmediatamente la vía de la determinación del equivalente dinerario de la prestación y, con ello, la puerta de la ejecución dineraria.

En términos generales, los medios de coerción indirecta pueden ser de naturaleza penal –específica tipificación como delitos de las determinadas conductas o posibilidad de subsumirlas en los tipos de desobediencia a la autoridad- o de naturaleza procesal, consistentes en la imposición por el juez de la ejecución de deberes de pago de sumas de dinero con el fin de estimular la voluntad de cumplimiento del ejecutado.

En mi opinión, los medios coercitivos de la segunda clase son más adecuados que los de naturaleza penal.

En primer lugar, porque las multas coercitivas o las astringencias –por no prejuzgar aspectos de su régimen jurídico que veremos después- resultan cualitativamente proporcionados, porque afectan a derechos de naturaleza patrimonial, como los que, por regla general, constituyen objeto de la litigiosidad civil.

En segundo lugar, porque son más coherentes con el sistema jurídico que la amenaza de sanción penal, e, incluso, más efectivos que ésta.

Lo primero (la coherencia), porque respetan el principio de intervención penal mínima.

Lo segundo (la mayor efectividad), porque, presupuesto un cierto activo patrimonial y una suficiente transparencia del patrimonio sujeto, es más real e inmediata la potestad coercitiva del mismo juez de la ejecución que trasladar el tanto de culpa a la jurisdicción penal. No sólo porque la gravedad de esta última consecuencia induce al juez de la ejecución a demorar esta reacción, sino porque esta reacción tiene, en esencia, un resultado inseguro, dependiente de otro proceso, además del proceso que está rodeado del más elevado estándar de garantías en nuestro ordenamiento. En definitiva, los medios de coerción indirecta de naturaleza penal acaban funcionando, las más de las veces, como “pena de banquillo”, o, si no se llega a juicio oral, al menos como lo que podríamos llamar “pena de pasillo”. Y esto, aunque difícilmente evitable, no deja de ser también una perversión del sistema.

Ahora bien, la acabada configuración jurídica de esa imposición de deberes de pago de cantidades de dinero es muy diversa en el Derecho comparado, al menos en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, en cuanto a quién es el acreedor de las sumas de dinero que se recaudan. En segundo lugar, en cuanto a los supuestos en los que el juez de la ejecución está habilitado para aplicar este instrumento ejecutivo.

En líneas generales, dos importantes ordenamientos europeos son representativos de las principales opciones de regulación de esos dos aspectos.

En Derecho francés, las *astreintes* tienen como acreedor al ejecutante, y por eso el art. L131-2 de la *Ordonnance n°2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution* dispone que “*L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts*”, indemnización de daños y perjuicios a la que el ejecutante, titular del derecho a prestación tiene derecho si resulta perjudicado en esa titularidad. Por otra parte, en cuanto a los supuestos de aplicación, el art. L131-1 del texto que se acaba de mencionar atribuye al juez un amplio ámbito de discrecionalidad: “*Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision*”.²⁵

Por el contrario, la *Zwangsgeld* de Derecho alemán “*ist aber nicht dem Gläubiger, sondern der Justizkasse abzuliefern*”.²⁶ Y, en cuanto a los supuestos de aplicación, la imposición está legalmente prevista para la ejecución de prestaciones de hacer personalísimo²⁷ y para reaccionar, en la ejecución, frente al incumplimiento de deberes de abstención impuestos por el título ejecutivo.²⁸

25 Una detallada exposición del régimen de las *astreintes* en Derecho francés puede encontrarse en FOSSIER, TH., en GUINCHARD, S., MOUSSA, T., *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 6ème. Ed. 2009, págs. 392-413.

26 STÜRNER, en BAUR/STÜRNER, *Kwangsvollstreckungs*, cit., pág. 478; BREHM, W., en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, VIII, Mohr Siebeck, 22 Auflage, Tübingen, 2004, págs. 587-588.

27 STÜRNER, en BAUR/STÜRNER, *Kwangsvollstreckungs*, cit., págs. 474-478; BREHM, en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, VIII, cit., págs. 577-581.

28 STÜRNER, en BAUR/STÜRNER, *Kwangsvollstreckungs*, cit., págs. 479-483; BREHM, en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, VIII, cit., págs. 599-628.

El Derecho italiano, que ha incorporado estos instrumentos ejecutivos con la Ley de 18 de junio de 2009, regulándolos en el art. 614bis del *Codice di Procedura Civile*, sigue la orientación del Derecho francés en punto a que el acreedor es el ejecutante y no el erario público, pero se ajusta a las pautas del Derecho alemán por lo que hace a los supuestos en que el juez está habilitado para aplicar estos medios ejecutivos.²⁹

La LEC española de 2000 ha introducido en la ejecución civil las que ha llamado multas coercitivas (principalmente, arts. 709 y 711). La opción por el modelo alemán merece una reflexión crítica a la que no ha sido ajena la propia praxis legislativa que, poco después de la entrada en vigor de la LEC, se ha inclinado por el modelo de la *astreinte* al menos en materia de Derecho de Marcas. Por otra parte, la LEC de 2000 tampoco ha estado acertada al establecer los supuestos de aplicación de las multas coercitivas.

A) Multas, astringencias y riesgos para la ejecución del equivalente dinerario de las prestaciones no ejecutadas en forma específica

La opción legislativa por la técnica de la multa coercitiva -de la que es acreedor el erario público- plantea el problema de la respectiva preferencia del crédito por las multas y del crédito que definitivamente -en caso de no haberse conseguido la ejecución en forma específica- se liquide como importe del equivalente dinerario de la prestación incumplida. Ambos créditos han de hacerse efectivos sobre el patrimonio del ejecutado.

La ley no establece ninguna norma expresa y la aplicación del régimen general puede tener consecuencias injustas.

En principio, el orden de pago está determinado por la prioridad de los embargos practicados con base en los respectivos títulos ejecutivos (art. 613 LEC). El título ejecutivo por las multas es diferente al título ejecutivo que ha dado lugar a la ejecución, porque el acreedor es diferente y el supuesto de hecho al que se vincula la eficacia ejecutiva también (en el caso de las multas: la resolución que amenaza con la multa y el transcurso, sin cumplimiento de la prestación, del tiempo señalado). Si, además, se tiene en cuenta que no es seguro que el tribunal pueda proceder de oficio a la ejecución forzosa de lo debido por las multas -el artículo 216 LEC lo excluye, en principio- y que sería necesario notificar a la Hacienda Pública la existencia de los correspondientes créditos para que pudiera solicitar la ejecución, es muy probable que el ejecutante "principal" se haya adelantado en la obtención del embargo y haya asegurado, con ello, la prioritaria satisfacción de su crédito.

Esta solución no es adecuada, porque se basa en una situación de hecho -el adelantamiento en el embargo por parte del ejecutante principal- que puede no producirse en todos los casos. Lo que interesa son las posibilidades "de Derecho".

Sería extremadamente grave que pudiera concluirse que, bajo determinadas circunstancias, el crédito por las multas coercitivas puede llegar a ostentar preferencia jurídico-material frente al crédito del ejecutante. Es cierto que el anticuado y complejo régimen de las preferencias crediticias en Derecho español no facilita esa consecuencia, pero tampoco la excluye.

Si esta última posibilidad comentada estuviera abierta, sería abiertamente contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante. Cualquier interpretación en virtud de la cual el crédito por el equivalente dinerario de la prestación no pudiera ser satisfecho en toda su extensión a causa de la satisfacción preferente del crédito por las multas coercitivas, sería abiertamente contradictoria con la función de éstas en la ejecución. Las multas han sido establecidas como medio para la mayor efectividad de la tutela judicial ejecutiva. Por lo tanto, no tiene sentido que, de una parte, las multas no hayan contribuido a que se cumpla la prestación según la impone el título ejecutivo, y que, de otra parte, impidan total o parcialmente la satisfacción del ejecutante mediante la obstaculización de la ejecución dineraria subsidiaria.

Sería una consecuencia menos grave, pero también injustificable, la de arrojar sobre el ejecutante, en alguna circunstancia, la carga de hacer valer, en una tercería de mejor derecho, la prioridad de su crédito respecto del crédito por las multas cuya ejecución hubiera alcanzado a causar un embargo anterior.

Tal vez se me pueda decir que he descrito una situación irreal, porque el régimen de la ejecución de las multas coercitivas es tan oscuro, que resulta muy improbable que esa ejecución pueda anticiparse a la que podemos llamar "ejecución principal". Si así fuera, tampoco habría motivos para darse por satisfecho, porque significaría reconocer mínima efectividad a este flamante medio ejecutivo incorporado al proceso civil.

La trascendencia del tema apuntado, así como el carácter errático de la política jurídica del legislador español en esta materia, se pusieron pronto de manifiesto. Poco antes de que se cumplieran dos años de la promulgación de la LEC 2000, la nueva Ley de Marcas (17/2001, de 7 de diciembre) estableció, en su art. 44 que "cuando se condene a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal fijará una indemnización".

²⁹ SASSANI, et alt., *L'esecuzione forzata*, cit., págs. 131-133; MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, IV, cit., págs. 183-186; CAPPONI, *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile*, cit., págs. 23-33.

zación de cuantía determinada no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación. El importe de esta indemnización y el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar se fijará en ejecución de sentencia”.

Esta disposición no afecta directamente al régimen de las multas coercitivas. Lo que regula aquélla es diferente a lo que regula éste, incluso en aspectos esenciales. Principalmente en que las sumas de dinero periódicamente debidas están destinadas a indemnizar al ejecutante. Es, en consecuencia, un instrumento jurídico de naturaleza más próxima a la *astreinte*, que a las multas coercitivas, destinadas a la Hacienda Pública.

No obstante, entre las dos regulaciones existen conexiones evidentes.

En primer lugar, en el plano de los criterios de política legislativa, resulta manifiesta la inseguridad del legislador español al regular la ejecución por medios de coacción de naturaleza no penal. En la LEC 2000 estableció las multas coercitivas –ingresos de Derecho Público-. En la Ley de Marcas 2001, por el contrario, regula indudablemente *astreintes*.

En segundo lugar, en el plano de la aplicación de las normas, se plantea el problema de la concurrencia de aplicación de las multas coercitivas de la LEC 2000 y de las indemnizaciones coercitivas de la Ley de Marcas 2001. En mi opinión, la aplicación de la Ley de Marcas 2001 desplaza, en caso de concurrencia, la aplicación de las multas coercitivas del art. 710.1 LEC. La primera disposición es norma posterior, y también norma especial, cuyo contenido normativo consume el de la norma que establece las multas coercitivas. En efecto, las indemnizaciones coercitivas, además de la utilidad de las multas para estimular el cumplimiento del deber de no hacer, sirven para la indemnización de los daños causados por el incumplimiento irreversible.

B) ¿En qué supuestos debe estar habilitada la potestad de imponer multas coercitivas –o astringencias- en la ejecución forzosa civil?

Este instrumento ejecutivo –en su forma de multa coercitiva o de astringencia- puede ser aplicable en una amplia serie de supuestos, como ilustra la previsión del mismo en Derecho francés – “*pour assurer l'exécution de sa décision*”- e incluso su regulación en Derecho español, dentro y fuera del ámbito del proceso civil.³⁰

Pero su previsión normativa es imprescindible para aquellos casos en que la cooperación del ejecutado es estrictamente necesaria para el cumplimiento del deber de prestación impuesto en el título ejecutivo. Esto ocurre en los supuestos de prestaciones de hacer infungible o personalísimo y de prestaciones de abstención.

En el régimen del proceso civil español se detecta una notable inseguridad también en este punto.

La previsión normativa es clara respecto de la ejecución por prestaciones de hacer personalísimo o infungible (art. 709 LEC).

Más problemático es, en cambio, el régimen de esta materia en la ejecución por prestaciones de no hacer.

30 Si atendemos a las normas sobre multas coercitivas tanto de LEC, como en Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley de Procedimiento Laboral y Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, encontraremos gran heterogeneidad en la regulación de los presupuestos de las mismas.

En cuanto al aspecto objetivo –es decir a los supuestos de hecho en los que el juez está habilitado para imponer multas-:

a) En unos casos, esos supuestos están constituidos por el incumplimiento de cualesquiera requerimientos que tengan por fin la realización de actuaciones instrumentales para el desarrollo del proceso (art. 95.4 LOTC; art. 239.2 LPL, en cuanto autoriza la aplicación de las multas para obtener el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas en una resolución judicial).

b) En otros casos, sólo están previstas para el incumplimiento de algunos de estos requerimientos (art. 589.3 LEC -de manifestación de bienes para embargo-, art. 591.2 LEC -de informar de bienes embargables y prestar otras colaboraciones para la ejecución-, art. 676.3 LEC -de no impedir, ni obstaculizar las facultades del titular de la administración forzosa-, art. 48 LJCA -de remisión al tribunal del expediente administrativo-).

c) En un tercer grupo de casos, es presupuesto objetivo la negativa a cumplir lo dispuesto por el título ejecutivo cualquiera sea la clase de prestación que imponga (art. 95.4 LOTC; art. 112 LJCA), o bien solamente si la prestación es de dar, de hacer o de no hacer (art. 239.2 LPL), o, de modo más restrictivo, si la prestación de hacer es infungible o se han producido determinados incumplimientos de la prestación de no hacer (arts. 709 y 710 LEC).

d) La LEC llega a distinguir los títulos ejecutivos que imponen el deber de pagar créditos dinerarios derivados de cierta clase de relaciones jurídicas -generadas por la terminación de la relación matrimonial; responsabilidades parentales- para autorizar, en supuestos de reiterado incumplimiento, la imposición de multas que fuercen el cumplimiento por parte del obligado y eviten aplicar la ordinaria ejecución por medios de subrogación -embargo y posterior realización forzosa-.

En el aspecto subjetivo de los presupuestos de las multas coercitivas también cabe reseñar gran variedad. En cuanto puedan imponerse por incumplimiento de requerimientos referidos a actuaciones instrumentales para el desarrollo del proceso, es lógico que puedan ser sujetos pasivos de las mismas no sólo las partes, sino también terceros (art. 95.4 LOTC; art. 239.3 LPL; arts. 591 y 676 LEC), aunque unas y otros en aquellos casos en que el supuesto de hecho contempla su conducta como determinante de la aplicación de estas multas.

En primer lugar, nos encontramos con un exceso en cuanto a la previsión de multas.

Si el ejecutado no cumple el requerimiento de deshacer en el plazo señalado, el art. 710.1, párrafo segundo LEC, sólo establece, de entrada, un medio ejecutivo: “se le intimará con imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo”.

Por un lado, sorprende el establecimiento de este medio ejecutivo, dado que la LEC lo acaba de reservar, en el art. 709, para la ejecución de hacer personalísimo. Por otra parte, no es el único teóricamente adecuado, porque también lo es el deshacer a costa del ejecutado. Además, este segundo medio tiene mayor utilidad que las multas coercitivas, porque, siempre que el ejecutado sea solvente, garantiza la obtención a costa de éste del resultado perseguido por el ejecutante.

El art. 1099 CC resuelve cualquier problema que se pudiera plantear respecto de si es un medio ejecutivo que también puede ser aplicado para deshacer lo mal hecho.

Es criticable que el art. 710 LEC olvide mencionarlo, pero también es cierto que si sólo estuviera establecido el deshacer a costa del ejecutado -como hace el art. 1099 CC- el régimen jurídico tampoco hubiera sido correcto, porque hubiera privado al ejecutante de la posibilidad de obtener la satisfacción más específica de su derecho en los casos en que la conducta de deshacer tuviera carácter personalísimo (por ejemplo: instar la resolución de contratos celebrados con infracción del deber de abstención).

Resulta entonces, después de la sorpresa inicial, que la combinación de lo dispuesto por el art. 710.1, párrafo segundo LEC y por el art. 1099 CC da lugar a un régimen muy completo de medios ejecutivos para deshacer lo mal hecho: deshacer a costa del ejecutado y multas coercitivas.

Vamos, ahora, al defecto de previsión. Si la conducta infractora del título es susceptible de repetición, en la demanda o solicitud de ejecución podrá pedirse que en el requerimiento de no reiterar la conducta se haga constar un expreso apercibimiento de iniciación de persecución penal (art. 710.1, párrafo primero LEC).

Se trata de un medio de coerción indirecta (persigue inducir al ejecutado a mantener la conducta omisiva para evitar un perjuicio más grave) y de naturaleza penal, porque ese perjuicio consiste en ser sometido a proceso penal y, eventualmente, condenado en el mismo.

Con la misma finalidad que el apercibimiento de persecución penal, el legislador hubiera podido establecer multas coercitivas para el caso de que el ejecutado incurriera en un nuevo incumplimiento. Sin embargo, el art. 710 (ni el 711, salvo para un caso especial que no existía en la redacción inicial de LEC) no contiene esa previsión. A esto se añade la dificultad de considerar esa falta de previsión como una laguna legal, desde el momento en que esas mismas disposiciones sí que prevén multas coercitivas, aunque, como acabamos de ver, para supuestos de hecho distintos dentro de la ejecución por prestaciones de no hacer.

Por otra parte, la falta de previsión de las mismas no puede suplirse con una simple aplicación analógica del régimen de estas multas establecido por LEC.

En primer lugar, no existe un régimen general de las mismas; el art. 711, en la redacción inicial de LEC, sólo regula la determinación de la cuantía de las multas.

En segundo lugar, la analogía respecto de las multas previstas para la ejecución por prestaciones de hacer (o de deshacer lo indebidamente hecho) debería conducir a la imposición de multas para hacerlas efectivas después de cada periodo de incumplimiento del deber de no hacer. Por el contrario, el uso apropiado de las multas, si con ellas se persigue impedir la reiteración de la conducta prohibida, consiste en amenazar con la concreta imposición de una multa para cuando se produzca una nueva infracción del título, y en imponerla concretamente en caso -y en cada caso- de que esa infracción se lleve a cabo.

En el caso de prestaciones de no hacer continuas o periódicas, cada conducta infractora genera una nueva acción ejecutiva. Partiendo de eso, el legislador hubiera podido establecer que, cuando se cometiera la conducta infractora, se pudiera apercibir con la imposición de una multa si se produjera una nueva infracción. En cualquier caso, esta multa sería un medio ejecutivo aplicado en una ejecución distinta, aunque conexa.

En definitiva, nos hallaríamos ante un instrumento jurídico diferente al de las multas coercitivas periódicas, que se acuerdan para ser aplicadas en un mismo proceso de ejecución y que, en principio, operan con automatismo.

Se ha criticado que la LEC 2000 no contenga una previsión expresa de multas coercitivas como respuesta específica frente a las posibilidades de reiteración de la infracción de la conducta prohibida por el título ejecutivo. Comparto esas críticas, pero no comparto que la falta de una disposición expresa pueda ser suplida por la genérica referencia del art. 699, párrafo segundo LEC, al apercibimiento de empleo de multas coercitivas, que el tribunal puede formular en el primer requerimiento de todas las ejecuciones por prestaciones de dar cosa mueble o inmueble, de hacer o de no hacer³¹.

31 A mi juicio, si el art. 699, párrafo segundo LEC tuviera ese pretendido alcance de norma habilitadora de la imposición de multas coercitivas en todos los supuestos en que las mismas fueran útiles en las ejecuciones mencionadas por el artículo,

También en esta materia el legislador español ha corregido, aunque para materias específicas, la dudosa aplicabilidad de los instrumentos no penales de coerción indirecta en los casos de prestaciones de abstención.

En la regulación de la Ley de Marcas, poco antes reseñada en cuanto a la sustitución de las multas coercitivas por un modelo similar a las *astreintes*, el supuesto de hecho determinante de la aplicación de las indemnizaciones coercitivas es la infracción reiterable de un deber de abstención, que justifica aplicar un medio destinado a estimular el mantenimiento de la conducta omisiva debida.

Aún no había pasado un año desde la Ley de Marcas, cuando la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de consumidores y usuarios, añadió al art. 711 LEC un segundo apartado, según el cual “La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público”.

De una parte, en el tema básico de los criterios de política legislativa sobre la ejecución por medios de coerción de naturaleza no penal, la disposición rectifica nuevamente el rumbo respecto de la Ley de Marcas 2001, marginando la opción por las *astreintes*.

Por otra parte, el precepto da respuesta, aunque sólo en su específico ámbito de aplicación, a la necesidad de utilizar las multas coercitivas con la finalidad de forzar al condenado a respetar la prohibición que le ha impuesto la sentencia, incluso sin tener que esperar a un nuevo incumplimiento posterior al momento en que la sentencia de condena a abstención haya adquirido eficacia ejecutiva.

el legislador hubiera podido ahorrarse las regulaciones específicas de los arts. 709 y 710 LEC. Más correctamente, el art. 699, párrafo segundo LEC ha de ser interpretado, en cuanto a su mención de las multas coercitivas, como una norma de remisión, que ha de integrarse con las normas que establecen los diversos supuestos en que está prevista la aplicación de estas multas.