

Oposición del ejecutado en la ejecución de sentencias y tutela judicial efectiva

SUMARIO: 1. PROCESO DE EJECUCIÓN Y CONTRADICCIÓN PROCESAL: A) EL ERROR POR OMISIÓN DE LA LEC. B) La imprecisión técnica del TC.—2. EL CONTENIDO DE LA OPOSICIÓN DEL EJECUTADO: A) OPOSICIÓN RELATIVA AL PROCESO MISMO. B) OPOSICIÓN ATINENTE A LA RELACIÓN JURÍDICO-MATERIAL.—**3. LOS CAUCES PROCESALES DE LA OPOSICIÓN:** A) LA VÍA DE LOS RECURSOS. B) EL CAUCE DECLARATIVO INCIDENTAL O AUTÓNOMO.—4. **EL INCIDENTE DECLARATIVO INTERCALADO O AUTÓNOMO.**—5. LA INEFICACIA DEL PROCESO DECLARATIVO AUTÓNOMO.—6. LA EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN EN LA EJECUCIÓN.

1. PROCESO DE EJECUCIÓN Y CONTRADICCIÓN PROCESAL

El profesional del Derecho español acostumbrado a manejar nuestra más que centenaria LEC no siente extrañeza ante un silencio de la misma, no se sorprende ante la falta de referencia en ella a lo que el ejecutado puede hacer procesalmente para oponerse a la ejecución. La extrañeza puede empezar cuando, por la circunstancia que fuere, ese profesional ha de consultar un Derecho extranjero y observa en él que el Código correspondiente, al regular el proceso de ejecución, dedica parte de esa regulación a la oposición del ejecutado.

Sucede como decimos en el Derecho italiano y en su *Códice di procedura civile*, por ceñirnos únicamente a un país próximo a nosotros. El *Códice* dedica su Libro III al proceso de ejecución y, dentro del mismo, el Título V lleva como rúbrica «De las oposiciones», distinguiéndose luego entre «De las oposiciones del deudor y del tercero sujeto a la ejecución» y «De las oposiciones de terceros».

Del silencio de la LEC se han derivado consecuencias muy peligrosas tanto conceptualmente como en el terreno práctico de la tutela judicial

efectiva. Esas consecuencias precisan de un estudio monográfico de la oposición del ejecutado, pero mientras ese trabajo no se hace permítasenos realizar aquí un ensayo, una aproximación al tema.

A) EL ERROR POR OMISIÓN DE LA LEC

En el Derecho histórico español, y hasta la LEC de 1855, existía un único proceso de ejecución, por el que se procedía tanto el título fuera judicial (sobre todo sentencias firmes) como contractual (especialmente escrituras públicas) y se tratara de obligaciones dinerarias. En ese proceso siempre había demanda ejecutiva, despacho de ejecución, requerimiento de pago, embargo, citación de remate al ejecutado, posibilidad de oposición de éste en incidente declarativo con práctica de prueba y sentencia de remate o de no remate, continuándose después, y en su caso, con la realización forzosa de los bienes y con el pago al acreedor ejecutante (hemos hecho un resumen de este proceso único de ejecución en «La naturaleza del juicio ejecutivo», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1993, págs. 271-278).

Durante siglos la doctrina discutió en torno al número y contenido de las excepciones que el ejecutado podía alegar en la oposición a la ejecución y, también, sobre los medios de prueba admisibles, pero sobre la existencia misma de la oposición no hubo ni siquiera debate por tratarse de algo obvio que se correspondía con la misma naturaleza del proceso. La doctrina, en general, no tuvo clara la distinción entre excepciones contra títulos judiciales y excepciones contra títulos contractuales, y si bien algún autor intuía que entre ellas tenía que haber alguna diferencia, nunca se llegó a matizar con claridad.

Así estaban las cosas cuando PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA recibió el encargo de redactar la primera LEC, la de 1855, y rompió en ella el proceso único de ejecución distinguiendo entre «De la ejecución de las sentencias», por un lado, y «De las ejecuciones», por otro, incluyendo en ésta el juicio ejecutivo. En la regulación de este «juicio» se limitó a asumir la tradición y reguló la citación del remate, la oposición y la sentencia de remate, pero en la ejecución de sentencias estimó que si ésta condenaba al pago de cantidad líquida y determinada bastaba con acudir al embargo, al evaluó, a la venta del bien y al pago. En su libro *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, 1857, págs. 166 y 177) sostuvo teóricamente que:

1.º No había que incluir la sentencia firme entre los títulos que traen aparejada ejecución.

2.º No se hizo mención de la oposición del ejecutado porque si sus trámites son «necesarios, indispensables para el que no ha sido oído», son

«inútiles, dispendiosos y lentos en demasía para el que ha litigado y obtenido en su favor una sentencia».

3.º Después de la sentencia, con la que se procede a la ejecución, «no puede nacer ya otro juicio», mientras que el juicio ejecutivo no excluye al ordinario, «en que con más holgura puede volverse a ventilar, lo que antes ha dado lugar a una resolución definitiva, sí, pero que no cierra la entrada a otro juicio en que, con mayores garantías, vuelva a examinarse la cuestión que antes sólo tuvo una solución provisional».

Por el camino abiero en la LEC de 1855 siguió después la de 1881. En ésta se dedica, en el Libro II, el Título VIII a «De la ejecución de las sentencias», sin hacer mención de la oposición del ejecutado, y el Título XV a «Del juicio ejecutivo», en el que sí se regula el incidente de oposición.

La no regulación de la oposición del ejecutado en la ejecución de sentencias llevó a la doctrina española, posterior a las leyes de enjuiciamiento, a sostener que en esa ejecución no rige la contradicción ni la igualdad de las partes, e incluso llegó a decirse que el ejecutado no era una verdadera parte. Afirmaciones de este género pueden descubrirse todavía en la doctrina y en la jurisprudencia menos evolucionadas, pero hoy es ya manifiesto que el ejecutado es parte. Lo discutible ahora es qué puede alegar en su defensa y cómo puede hacerlo.

B) LA IMPRECISIÓN TÉCNICA DEL TC

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de referirse a la oposición del ejecutado, si bien lo ha hecho sin el rigor técnico que cabría esperar. Esa ocasión ha sido la STC 110/1993, de 25 de marzo, en la que declaró constitucionales los artículos 8 y 12 de la LEC (e implícitamente el art. 7), por no ser contrarios a los artículos 14 y 24 de la CE (nuestro comentario en «Sobre la constitucionalidad de la jura de cuentas», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, págs. 283-304).

Aunque literalmente el Título VIII del Libro II de la LEC lleva la rúbrica «De la ejecución de sentencias», y especialmente su Sección 1.ª se refiere a las dictadas por los Jueces y Tribunales españoles, por los trámites en ella regulados ha de regirse toda una serie de ejecuciones en la que el título ejecutivo no es una sentencia, sino uno de los que suelen llamarse títulos judiciales o equiparados. Entre los equiparados están los títulos formados por los Procuradores (arts. 7-8) y Abogados (art. 12) para cobrar sus derechos y honorarios, respecto de los cuales se dice en la LEC que se ejecutarán por la vía de apremio.

Con relación a los artículos 8 y 12 de la LEC se cuestionó su constitucionalidad, en atención al artículo 24 de la CE, porque, según los Jueces proponentes de las cuestiones, abierta directamente la vía de apremio no cabe admitir en ella posibilidad alguna de defensa y audiencia del deudor, es decir, se coloca a éste en situación de indefensión dado que en el procedimiento no se le dan prácticamente posibilidades de oposición. Como vemos la proposición de las cuestiones de inconstitucionalidad se basó en la vieja concepción de que la LEC no regula la oposición del ejecutado, no rigiendo en la ejecución el principio de contradicción; al faltar éste el ejecutado queda indefenso.

El Tribunal Constitucional mantuvo la constitucionalidad de los procedimientos de jura de cuentas, declarando que los artículos 8 y 12 de la LEC (e implícitamente también el art. 7) no se oponen al artículo 24 de la CE si aquéllos se interpretan en el sentido de que en los mismos no se niega la defensa del ejecutado. Muy en síntesis el Tribunal sostuvo que:

1.º El Juez debe controlar de oficio los presupuestos del «proceso en miniatura» que se regula en esos artículos 8 y 12 de la LEC y, más concretamente, la competencia, la legitimación de las partes, el objeto de la pretensión y el título.

2.º El requerido ha de poder alegar en torno a la concurrencia de esos presupuestos y, además, ha de tener la posibilidad de oponer otras circunstancias como el pago y la prescripción.

3.º El momento en el que el deudor ha de poder formular su oposición es aquel en el que conteste al requerimiento de pago que el Juez o Sala han de hacerle, después de que el Procurador o el Abogado presentan la «cuenta detallada y justificada» (art. 8) o la «minuta detallada» (art. 12).

4.º Sin perjuicio de lo anterior y de requerir el caso una mayor amplitud de defensa o de contradicción, lo resuelto en esos «procesos» no cierra la vía del procedimiento declarativo ordinario.

En el comentario antes citado advertimos que el Tribunal Constitucional no aclaró realmente lo que puede oponer el ejecutado y se confunde respecto del cauce procesal de la oposición; pero lo que nos importa ahora es constatar que el Tribunal, aun careciendo de precisión técnica, se ha percatado de que en el procedimiento de ejecución de sentencias, que es aquel por el que se tramita la ejecución de título equiparados a los judiciales, puede existir oposición del ejecutado o, más en general, rige la contradicción procesal. El contenido y el modo de oposición, con todo, no se precisan en la STC 110/1993.

2. EL CONTENIDO DE LA OPOSICIÓN DEL EJECUTADO

Admitido que en el proceso de ejecución o, por emplear la terminología de la LEC, en la ejecución de sentencias ha de existir contradicción, que se resuelve en la oposición del ejecutado, el paso siguiente ha de consistir en preguntarse qué podrá oponer o alegar el ejecutado al que se le está ejecutando una sentencia firme.

En nuestra opinión la respuesta exige distinguir entre:

A) OPOSICIÓN RELATIVA AL PROCESO MISMO

Si la ejecución es un verdadero proceso la consecuencia inevitable es que en el mismo el ejecutado ha de ser parte y que, como tal, ha de tener todos los derechos inherentes a esa condición. Junto a esta primera consideración, una segunda ha de derivarse del hecho de que la ejecución comporta la realización de una actividad con la que se produce una injerencia coactiva en la esfera jurídica del ejecutado, debiendo esa injerencia responder al principio de legalidad en mayor medida, si cabe, que el proceso de declaración.

Estas dos consideraciones han de llevar a la conclusión de que el ejecutado ha de poder exigir que la actividad ejecutiva se sujete a las normas que regulan el proceso, independientemente de cuál sea el contenido de la relación jurídico-material y la naturaleza del título que se ejecute. En atención, pues, al proceso mismo el ejecutado podrá alegar sobre:

a) La regularidad del título ejecutivo: Desde el punto de vista de la ejecución el documento-título ejecutivo importa, no como representación de una obligación, sino en sí mismo, en cuanto es presupuesto legal de la actividad jurisdiccional, la cual sólo se pondrá en marcha si existe el título y si es ejecutivo. Esto supone que el ejecutado podrá alegar que el título-documento es radicalmente falso, que en él se han realizado alteraciones de su contenido o, incluso, que el documento no tiene fuerza ejecutiva.

Tratándose de la ejecución de sentencias firmes estas alegaciones serán de difícil realidad en la práctica, pero como por la ejecución de sentencias se reconduce la ejecución de otros títulos, respecto de ellos estas alegaciones no serán tan excepcionales. Por ejemplo, en la jura de cuentas podrá alegarse que la cuenta del Procurador no está justificada (esto es, que no va haciendo referencia a actos judiciales concretos en los que intervino el Procurador) o que la minuta del Abogado no es detallada; o en la ejecución del laudo arbitral podrá alegarse que, si bien el arbitraje existió, el laudo no se protocolizó notarialmente.

b) La falta de presupuestos o requisitos procesales: En cualquier tipo de proceso la parte pasiva del mismo ha de poder alegar la falta de presupuestos o impedimentos procesales o el incumplimiento de requisitos procesales de todos aquellos que pueden considerarse generales, como, por ejemplo, la falta de competencia del Juez que ha despachado la ejecución (objetiva, funcional y territorial, según los casos), la falta de capacidad de las partes, la falta, insuficiencia o ilegalidad del poder del Procurador, etc.

c) La falta de legitimación: Supuesto especial dentro de los presupuestos procesales es el de la legitimación; ésta vendrá determinada normalmente en el título y en sus aspectos activo y pasivo, pero no puede ocurrir así y, en cualquier caso, el ejecutado ha de poder alegar que se ha despachado la ejecución a favor de un no legitimado o contra el que no está legitimado pasivamente.

d) Infracción de norma procedimental o procesal: En la realización de actos ejecutivos concretos cabe que se infrinja una norma que podrá ser:

1.º Procedimental: Esto es, de las que se refieren a la forma y ordenación de los actos; por ejemplo, el artículo 1.488 de la LEC dice que la subasta se tiene que publicar de modos determinados según el valor del bien a enajenar, y el incumplimiento de esa norma lo es de una garantía formal de procedimiento de ejecución.

2.º Procesal: En otros casos puede suceder que, aun respetándose completamente la forma, se vulnere la norma reguladora del fondo del acto o de la resolución, norma que es procesal. Aun respetándose la forma del embargo puede embargarse un bien inembargable, puede no respetarse el orden de los bienes a embargar, pueden embargarse bienes excesivos para cubrir el importe de la responsabilidad de la ejecución, etc.

e) Desconocimiento del título ejecutivo: Este título es la medida de la ejecución y el órgano jurisdiccional ha de acomodarse al mismo, de modo que no podrá desconocer lo dispuesto en él; a ello se refieren especialmente los artículos 949.II y 1.687.2.º, al hablar de puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado, lo que puede generalizarse refiriéndolo a toda clase de títulos y no sólo a la sentencia.

B) OPOSICIÓN ATINENTE A LA RELACIÓN JURÍDICO-MATERIAL

En todos los casos anteriores la oposición no tomaba en consideración la existencia o no del derecho material documentado en el título, dándolo simplemente por supuesto. Ahora bien, la creación de un título judicial o asimilado no impide que la relación jurídico-material, a la que el título

mismo se refiere, siga viviendo en el tiempo, ni tampoco que respecto de ella se produzcan hechos, actos o negocios jurídicos que puedan alterar el juego de los derechos subjetivos y de las obligaciones, tal y como quedaron plasmados en el título. Mientras el título como documento exista, el acreedor tendrá derecho a instar la ejecución y el Juez habrá de despacharla, pero la situación del derecho material no podrá desconocerse; si el condenado en el título pagó voluntariamente o si ha transcurrido el plazo de la prescripción, por ejemplo, el ejecutado ha de poder alegar esas circunstancias.

Lo difícil es ir precisando qué podrá alegar el ejecutado contra la pretensión ejecutiva en su contenido:

a) Suponiendo, de entrada, que el título ejecutivo sea una sentencia firme, cabe ir realizando estas precisiones:

1.^a Los hechos que podrán alegarse han de ser de fecha posterior al último momento preclusivo en que pudieron alegarse en el proceso de declaración, pues todo lo anterior a ese momento queda cubierto por la cosa juzgada y ya no puede ser objeto de discusión.

2.^a En cualquier caso el ejecutado no podrá negar los hechos constitutivos que sirvieron al demandante para obtener un fallo favorable; también aquí la cosa juzgada tiene que desplegar sus efectos.

3.^a Lo mismo cabe decir de los hechos impeditivos; éstos siempre quedan cubiertos por la cosa juzgada, tanto si fueron alegados en el proceso de declaración como si no lo fueron.

4.^a Los hechos de posible alegación son los extintivos y los excluyentes y siempre, naturalmente, que se hayan producido con posterioridad a la preclusión declarativa.

b) Cuando el título ejecutivo no ha sido precedido de una verdadera actividad jurisdiccional declarativa, lo que sucede, por ejemplo, en las conciliaciones de los artículos 476.I y 692.III, o en las juras de cuentas de los artículos 7, 8 y 12 de la LEC, la oposición no puede estar limitada por la cosa juzgada de una resolución anterior, que no existió, con lo que no cabe hablar de un momento preclusivo en el que concretar el límite temporal de las alegaciones.

3. LOS CAUCES PROCESALES DE LA OPOSICIÓN

Las alegaciones que puede realizar el ejecutado perseguirán dos finalidades muy distintas. En unos casos a lo que el ejecutado aspirará es a que el proceso de ejecución finalice, procediéndose al sobreseimiento y archivo del mismo, con levantamiento de los embargos realizados; pero en otros se

tratará, simplemente, de reconducir la ejecución de conformidad con las normas reguladoras de la misma o según el título o, incluso, atendiendo al contenido actual del derecho material; es decir, la oposición puede formularse contra el conjunto de la ejecución para acabar con ella o contra un acto ejecutivo concreto sin impedir que siga adelante el proceso.

Pero lo que importa ahora es lo atinente a cómo puede realizarse la oposición, esto es, a los cauces procesales de la misma. La respuesta exige distinguir entre:

A) LA VÍA DE LOS RECURSOS

La regla general, no negada en la LEC en disposición alguna, es la de que contra las resoluciones judiciales dictadas en el proceso de ejecución son posibles los medios de impugnación normales regulados en el Título IX del Libro I de la LEC. Esas normas son plenamente aplicables en el proceso de ejecución, por lo que no es preciso detenerse en ellas, si bien cabe puntualizar:

a) *Remedio de reposición*

En el proceso de declaración la actuación fundamental del Juez se basa en las resoluciones, de modo que la injerencia en la esfera jurídica de las partes adopta esta forma normalmente. Por el contrario, en el proceso de ejecución existen casos de grave injerencia que no se realizan de esa manera, sino en la más simple de actos materiales que se reflejan en actas o diligencias del secretariado (o del oficial habilitado) (art. 280 de la LOPJ); este es el caso, nada menos, que del acto del embargo o el de la subasta. Aquí aparentemente no existe resolución judicial que impugnar.

Este problema es más aparente que real. En teoría, después de embargar, el acta debería ser aprobada por el Juez mediante la oportuna resolución, y aunque ello no se hace en la práctica nada impide a la parte denunciar al Juez la irregularidad cometida, pidiéndole que la corrija; contra la resolución que dicte cabrán ya los medios de impugnación oportunos.

b) *Recurso de apelación*

La especialidad se deriva aquí de los artículos 949.I y 1.531.I que contienen disposiciones idénticas, si bien referidas a fases distintas del proceso de ejecución. El artículo 949.I atiende a los actos realizados en

aplicación de las normas de los artículos 919-950, esto es, las que la LEC dedica a la ejecución de sentencias en sentido estricto, pero incluyendo el embargo por la remisión que el artículo 921.I, hace a los artículos 1.447-1455. Por su parte, el artículo 1.531.I se refiere especialmente al apremio, entendido éste como las fases de realización forzosa de los bienes embargados y de pago al acreedor.

Los dos artículos, el 949.I y el 1.531.I, disponen, pues, que los recursos de apelación en la ejecución de sentencias se admitirán en un solo efecto, salvo aquellos para los que se dice otra cosa, bien de modo general en los segundos párrafos de esos mismos artículos, bien de modo especial (y así, por ejemplo, arts. 1.525 y 1.526).

c) *Recurso de casación*

El artículo 1.687.2.º admite también un denominado recurso de casación contra los autos dictados por las Audiencias en apelación, impugnación que a pesar de su nombre no es una verdadera casación, pues no se trata con ella de defender la Ley frente a la resolución impugnada, sino de defender la sentencia (o el título ejecutivo, en general) frente a la actividad ejecutiva.

Con todos estos medios de impugnación pueden articularse las oposiciones que antes hemos referido al proceso mismo, teniendo en cuenta que la casación se dará sólo en los casos previstos en el artículo 1.687.2.º Naturalmente, no hace falta recordar que si bien no cabe el incidente de nulidad de actuaciones, según el artículo 742.II, en la redacción dada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, sí será posible que el órgano jurisdiccional declare de oficio la nulidad de todas las actuaciones o de alguna de ellas en particular en aplicación del artículo 240.2 de la LOPJ y teniendo en cuenta las SSTC 148/1988, de 14 de julio, y 8/1991, de 17 de enero.

B) EL CAUCE DECLARATIVO INCIDENTAL O AUTÓNOMO

La interposición de recursos contra las resoluciones que se dicten en la ejecución es manifiestamente insuficiente como cauce procedimental para determinadas causas de oposición; por medio de aquéllos podrán resolverse cuestiones jurídicas, pero no son adecuados para plantear problemas de hecho. El procedimiento del remedio de reposición, por ejemplo, atendidos los artículos 378 y 379, no pueden ser instrumento con el que atender a una oposición que consista en la alegación de pago, de compensación o de prescripción, esto es, una oposición que atienda a la alegación de hechos extintivos o excluyentes de la obligación documentada en el título. Cuando

lo opuesto por el ejecutado se refiere a la relación jurídico-material, la vía de los recursos no es adecuada.

La STC 110/1993, de 25 de marzo, en la que se declaró la constitucionalidad de los artículos 8 y 12 de la LEC, dice que las alegaciones del deudor deberán hacerse al contestar al requerimiento; pero esto es algo que carece de sentido procesal porque: 1) El requerimiento lo es para que el deudor pague y con el apercibimiento de apremio (arts. 8.I y 12.II), no para otras finalidades, y 2) El Tribunal no dice qué tramitación hay que dar a la alegación de que ya se ha pagado o de que ha prescrito la obligación. Además, la referencia al requerimiento puede tener sentido cuando en el procedimiento se prevé tal acto procesal, pero no lo tiene en la ejecución de sentencias de obligaciones dinerarias, para las que el artículo 921.I excluye expresamente la realización de un «previo requerimiento personal al condenado».

Al tratar, pues, de encontrar una respuesta general al cómo podrá alegar el ejecutado sobre la relación jurídico-material, no queda otra posibilidad que la del cauce declarativo, si bien entonces la duda se presenta entre el incidente declarativo intercalado en la ejecución misma o el proceso declarativo autónomo realizado fuera de la ejecución pero produciendo efectos en ésta.

No es dudoso que la persona que aparece como deudora en un título ejecutivo, pero que ya no es realmente tal al haberse producido un hecho extintivo de la obligación, si teme que puede iniciarse una ejecución contra ella, tiene en su mano la posibilidad de incoar un proceso declarativo antes del inicio de la ejecución para que en él se declare la extinción de la obligación. Mientras el título exista como documento y el legitimado activamente en él lo pida, el órgano jurisdiccional competente despachará la ejecución, por lo que en previsión de esa circunstancia el aparentemente deudor conforme al título puede adelantarse para enervar en su momento la ejecución futura.

Sin embargo, lo que nosotros nos cuestionamos ahora es cómo podrá el ejecutado, una vez que la ejecución contra él ya se ha iniciado, formular su oposición. Y es a este cómo al que respondemos con el dilema antes planteado entre incidente en la ejecución o proceso declarativo autónomo.

4. EL INCIDENTE DECLARATIVO INTERCALADO EN LA EJECUCIÓN

Entre las opciones de la alternativa que hemos planteado no es fácil elegir, y no lo es porque la LEC no contiene un sistema claro y coherente o, mejor dicho, no tiene ni sistema. Es cierto que GÓMEZ DE LA SERNA, al

redactar la LEC de 1855, quiso excluir de la ejecución de sentencias la oposición del ejecutado, y con ella lo que calificamos de vía incidental declarativa; pero también lo es que no previó la posibilidad de un proceso declarativo autónomo posterior y aún que la excluyó (en *Motivos de las variaciones*, cit., pág. 117). Al mismo tiempo debe tenerse en cuenta que, asumidas por la LEC de 1881 las exclusiones anteriores, esta segunda Ley hace referencia, unas veces, a incidentes en la ejecución de sentencias en los artículos 949.II, 950.II y 1.531.II, y otras, a la posibilidad de un proceso declarativo posterior en el artículo 8.III.

Pudiera creerse que en la LEC se está implícitamente pensando que cuando la ejecución se realiza por los trámites de la ejecución de sentencias debe distinguirse entre ejecución de títulos judiciales, casos para los que no hay medio alguno de oposición del ejecutado (salvada la vía de los recursos), y ejecución de títulos asimilados a los judiciales, casos para los que es posible el proceso declarativo posterior. Sin embargo, esta distinción no tiene respaldo legal, pues si bien a ese proceso posterior se refiere el artículo 8 en la jura de cuentas, no hay alusión al mismo ni en la ejecución de lo convenido en las conciliaciones de los artículos 476.I y 692.III de la LEC ni en la ejecución de la transacción del artículo 1.816 del CC.

Todo lo anterior nos lleva a considerar que, carente la LEC de sistema, es necesario que el intérprete reuniendo piezas sueltas, unas veces expresas en la Ley y otras implícitas, proceda a construirlo, para poder después desde el mismo atender a la solución de los problemas concretos que puedan presentarse. Ese sistema tiene que conjugar dos realidades contrapuestas:

1.^a La ejecución es un verdadero proceso, lo que presupone la existencia de dos partes en contradicción e igualdad, sin que pueda colocarse a una de ellas en situación de indefensión. El que haya precedido una sentencia con cosa juzgada condicionará lo alegable por el ejecutado, pero no puede suponer que se prohíba la existencia de la oposición misma.

2.^a La articulación de un procedimiento de oposición no debe propiciar su utilización con el fin de retardar la ejecución o sus concretos actos ejecutivos, y con una u otros el pago al ejecutante. La posibilidad de que la oposición se utilice para retardar no puede significar, con todo, que la misma se elimine; todos los cauces de defensa pueden utilizarse torticeramente y ello no puede llevar a su desaparición, aunque sí ha de preverse su mal uso. La no indefensión de una de las partes prima siempre sobre el hipotético abuso de derecho o fraude a la Ley.

Desde estas bases, pues, ha de estimarse que el artículo 24 de la CE impone una interpretación de la LEC favorecedora de la vía incidental declarativa como cauce para la oposición del ejecutado. Si, por un lado, los

artículos 949.II, 950.II y 1.531.II se refieren a «incidentes» en la ejecución y si, por otro, los artículos 741-761, los reguladores de los incidentes en general, pueden aplicarse en la ejecución, contamos con indicios legales más que suficientes para admitir esa vía incidental. A partir de esta primera conclusión debe irse matizando:

a) La vía normal de oposición será la de los recursos y sólo cabrá que el ejecutado plantee un incidente cuando aquéllos no resulten adecuados para debatir y decidir la cuestión.

b) Todo lo relativo a la existencia y contenido de la relación jurídico-material deberá plantearse por el ejecutado en una demanda incidental única, no permitiéndose la iniciación de segundo incidente.

c) La demanda incidental ha de presentarse por el ejecutado inmediatamente después de que tenga conocimiento de la existencia del proceso de ejecución contra él.

Tratándose de obligaciones dinerarias la ejecución se despacha sin requerir previamente de pago al deudor (art. 921.I), pero el auto (que muchos Juzgados dejan en simple providencia) despachando la ejecución ha de ser notificado al deudor. A pesar de cierta práctica judicial este auto tiene que ser notificado al ejecutor, si bien no inmediatamente después de ser dictado, pero sí después de que se han adoptado las primeras medidas ejecutivas, esto es y tratándose de obligaciones dinerarias, después de que se ha intentado el embargo. A partir de esa notificación el ejecutado podrá interponer los recursos oportunos o, en su caso, presentar la demanda incidental.

d) Los recursos tienen un plazo fijado en la Ley para su interposición, lo que no ocurre con la demanda incidental. En la LEC se encuentran algunas normas que podrían aplicarse analógicamente, como son los artículos 1.461 y 1.463 respecto del juicio ejecutivo y el artículo 1.416 sobre la oposición al embargo preventivo; pero en último caso podrá concluirse que no cabrá la admisión de la demanda incidental cuando se presente fuera del tiempo razonable para un deudor que obre con diligencia y buena fe.

e) Los artículos 743.I de la LEC y 11.2 de la LOPJ confieren al Juzgador la facultad de no admitir de oficio las demandas incidentales que no tengan relación inmediata con el objeto de la ejecución o que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

f) La competencia para conocer del incidente se atribuye al Juzgado que esté conociendo de la ejecución en virtud del criterio personal expreso en el artículo 55 e implícito en los artículos 744, 746, 949 y 950 de la LEC.

g) La demanda incidental se tramitará conforme a los artículos 747-758 de la LEC.

h) Aspecto de gran trascendencia es el relativo a si el incidente será suspensivo o no suspensivo, estimándose por nuestra parte que no puede

darse una respuesta general, sino que debe estarse a cada caso, si bien partiendo de las reglas siguientes: 1.^a No se paralizará la adopción de las medidas de garantía del embargo; 2.^a Se realizarán todos los actos ejecutivos que no sean incompatibles con la pretensión incidental, y 3.^a Sólo se paralizará la ejecución cuando la realización de los actos ejecutivos siguientes en el proceso determine la pérdida de eficacia de la sentencia que se dicte en el incidente. De modo similar a lo que ocurre con las tercerías (arts. 1534 y 1536), la paralización de la ejecución sólo puede producirse en lo imprescindible para que la oposición misma sea útil.

i) La sentencia que se dicte en el incidente afectará de modo prejudicial a la ejecución, de modo que en ésta habrá de partirse de lo en ella declarado, no para juzgar, pero sí para ejecutar.

Con estas pinceladas queda hecho simplemente un bosquejo de la oposición del ejecutado en la vía incidental. Somos plenamente conscientes de que el cuadro no está acabado, pero a los efectos aquí perseguidos queda aclarado que en la ejecución de sentencias existe contradicción y que los cauces procesales de la misma consisten en que el ejecutado es parte, puede utilizar los poderes inherentes a esa condición, puede interponer los recursos de reposición, de apelación y, en algún caso, de casación y, sobre todo, puede intentar la vía incidental.

5. LA INEFICACIA DEL PROCESO DECLARATIVO AUTÓNOMO

Como hemos dicho, en la LEC no se prevé la posibilidad general de acudir a un proceso declarativo posterior a la ejecución para debatir y resolver en él lo que no puede oponerse por el ejecutado en la ejecución misma; recordemos que ese proceso era excluido expresamente por GÓMEZ DE LA SERNA. Es cierto que un proceso declarativo ordinario posterior sí se prevé en el caso concreto de la jura de cuentas (art. 8.III de la LEC), pero curiosamente ha sido respecto de esa jura de cuentas, con su remisión al apremio, sobre la que el Tribunal Constitucional ha admitido una no bien concretada oposición del ejecutado (en la citada Sentencia 110/1993, de 25 de marzo).

Resulta así que la otra opción de la alternativa, que planteamos en el número 3.B), carece de todo apoyo legal en general, aunque lo tenga en un caso concreto; pero lo que ahora nos importa es precisar que si doctrinal y jurisprudencialmente nos inclináramos por ella estaríamos conduciendo al ejecutado a la indefensión. En efecto, la opción del proceso posterior:

a) Es manifiestamente inadecuada como cauce para debatir la oposición que se refiere al proceso mismo de ejecución: Los únicos lugar y

momento para debatir la regularidad del título ejecutivo (el si éste existe y si es ejecutivo), la concurrencia de los presupuestos y de los requisitos procesales, la legitimación de las partes, la infracción de normas procedimentales o procesales e, incluso, el respeto del título en los actos ejecutivos son el proceso de ejecución. En un proceso de declaración no puede discutirse lo que es característico de un proceso de ejecución concreto y que en éste queda cubierto, no por la cosa juzgada, pero sí por la cosa ejecutada.

Los ejemplos podrían multiplicarse, pero veamos algunos de los más evidentes por su claridad:

1.º El que el título reúna o no los requisitos exigidos en la Ley para ser ejecutivo es algo que condiciona la existencia misma del proceso de ejecución y que en él debe debatirse y resolverse. Carecería de sentido que el Juez ejecutor no pudiera de oficio cuestionarse la legalidad del título o que el ejecutado no pudiera alegar su ilegalidad, con lo que la ejecución tendría que efectuarse completamente y luego, en un proceso declarativo posterior, debatir sobre la condición de ejecutivo o no de un título ya ejecutado. En un proceso posterior, en todo caso, podría debatirse sobre la existencia y contenido de la relación jurídico-material, pero no sobre la naturaleza del título.

2.º Es incompatible con la lógica que en un proceso no pueda debatirse sobre si concurren o no los presupuestos y requisitos del mismo, y es absurdo que esa concurrencia se discuta en otro proceso, para lo que es manifiestamente indiferente que el primer proceso sea de ejecución y el segundo declarativo.

3.º La determinación de si en un proceso se han observado o no las normas procesales y las procedimentales es algo que debe quedar resuelto en el mismo proceso, incluidos los recursos. En el supuesto de vulneración de un derecho fundamental cabría acudir al amparo judicial (cuando sea desarrollado) y al amparo constitucional, en los términos del artículo 53.2 de la CE y según el artículo 44 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

4.º Naturalmente, la adecuación de los actos ejecutivos al título debe ser resuelta en la ejecución, para lo que se cuenta incluso con acceso a la casación, de conformidad con el artículo 1.687.2.º de la LEC.

En las ocasiones en que se ha sostenido que algunas de estas cuestiones pueden quedar para resolverse en un proceso declarativo posterior, se ha dicho también que el proceso de ejecución es sumario y se ha incurrido con ello en un error evidente dado que no pueden existir procesos de ejecución sumarios al ser la sumariedad y la ejecución incompatibles. Lo que puede ser sumario es lo que se declara, lo que se juzga, esto es, el incidente

declarativo que en ocasiones puede intercalarse en un proceso de ejecución, como ocurre de manera típica en el juicio ejecutivo. En aquel incidente se limitan las alegaciones de las partes, el objeto de la prueba y el tiempo para probar, de modo que siendo limitada la cognición judicial la sentencia que se dicte no producirá efectos de cosa juzgada. La sumariedad se refiere siempre a la no producción de cosa juzgada, pero no puede referirse a la cosa ejecutada, es decir, a los actos propios de un proceso de ejecución.

b) La opción del proceso declarativo posterior en la ejecución de sentencias es, además, ineficaz para garantizar la tutela efectiva del ejecutado: Si atendemos ahora a las causas de oposición relativas a la existencia y contenido de la relación jurídico-material comprobaremos que diferir la alegación de las mismas a un proceso declarativo posterior, y aún simultáneo, puede suponer la indefensión del ejecutado, tanto jurídica como práctica o económica.

Si en el proceso de ejecución no puede intercalarse un incidente declarativo, aquél se tramitará hasta su final consistente en el pago al acreedor con el dinero obtenido en la enajenación forzosa de los bienes embargados. Efectuado el pago el ejecutado podrá formular una demanda contra el ejecutante, en la que la petición de la pretensión consistirá, primero, en que se declare la inexistencia o el contenido cuantitativo exacto de la obligación dineraria ejecutada y, segundo, en que se condene al demandado a devolver todo lo percibido o parte como consecuencia de la ejecución. En ese proceso no podrá pretenderse:

1.º Que se declare la nulidad de los actos ejecutivos, principalmente a los efectos de la nulidad de la enajenación forzosa y de la adjudicación del bien al mejor postor. En el proceso posterior este mejor postor ni siquiera podrá ser demandado, pues los actos ejecutivos se realizaron existiendo un título ejecutivo formalmente válido y de conformidad con las normas procesales y procedimentales. El que la obligación se hubiera extinguido por pago o por compensación, y así se declare en el proceso declarativo posterior, no afecta a la regularidad formal del proceso en el que se realizó la adjudicación al mejor postor. La seguridad jurídica más elemental exige que no pueda desconocerse la fuerza de la cosa ejecutada.

Esto significa que el ejecutado que vio enajenar un bien suyo perdió la posibilidad de recuperarlo, y sea cual fuere ese bien, es decir, independientemente de que el mismo sea fungible (de los que se pesan, cuentan o miden) o infungible. En la ejecución, y atendiendo el fin a lograr con la enajenación forzosa, los bienes se toman en cuenta atendiendo a su valor en cambio, esto es, a su valor de mercado; pero desde la perspectiva del ejecutado un bien puede tener valores añadidos a su precio de mercado, y a pesar de ello después de la ejecución, y aun declarándose en un proceso

posterior que la obligación ejecutada no existía, el bien no podrá ser devuelto (con la excepción de que el bien se hubiera adjudicado precisamente al ejecutante).

2.º Que se condene al ejecutante a satisfacer todos los daños y perjuicios producidos con la ejecución. En el proceso declarativo posterior al ejecutado, ahora demandante, podrá pedir que se condene al ejecutante, ahora demandado, a la devolución de todo lo percibido indebidamente en cuanto no se corresponda con la realidad de la relación jurídico-material; pero no podrá pedir la condena a los perjuicios sufridos como consecuencia de la ejecución por cuanto ésta se *realizó* de modo formalmente correcto en su desarrollo.

Si el ejecutante en la ejecución percibió una cantidad de dinero, obtenido con la enajenación de un bien, el ejecutado podrá pedir en el proceso posterior la condena del primero a devolver esa cantidad, en su totalidad o en parte atendida la cuantía real de la obligación ejecutada, pero no podrá pedir que se le indemnice por el valor de mercado del bien enajenado si éste en la subasta obtuvo un precio inferior al fijado por los peritos en el avalúo o por las propias partes en el «contrato» a que se refiere el artículo 1.483 de la LEC. El que el bien lograra en la subasta un precio u otro no puede imputarse al ejecutante.

En el caso concreto del artículo 8 de la LEC se dice que si en el proceso posterior se demuestra que el Procurador se excedió en su cuenta, será condenado a devolver el duplo del exceso con las costas que se causaren hasta el completo resarcimiento; pero esta previsión no podría extenderse al caso general de la ejecución de sentencias, sobre todo si se advierte que una previsión semejante ni siquiera se contiene para el proceso declarativo posterior al juicio ejecutivo.

En otro caso concreto, el del artículo 131.2.^a *in fine* de la Ley Hipotecaria, se dice que el acreedor quedará sujeto a indemnizar cuantos daños y perjuicios irrogare al deudor o terceros interesados por malicia en la exposición de los hechos de su demanda y demás circunstancias que ha de apreciar el Juez para autorizar el procedimiento, es decir, para despachar la ejecución. Si esta previsión hubiera de generalizarse siempre habría de tenerse en cuenta que la indemnización completa supone «malicia» en el ejecutante, no simplemente culpa o negligencia y, desde luego, quedarían excluidos los casos de buena fe.

En el mejor de los supuestos, pues, sostener que la contradicción, y con ella la no indefensión, puede lograrse acudiendo a un proceso declarativo posterior es una ficción jurídica. No creemos que pueda afirmarse, desde la razonabilidad teórica y práctica, que el cauce del proceso declarativo posterior es un mecanismo útil para proporcionar al sistema el requisito básico de la contradicción y al ejecutado el derecho a una tutela judicial efectiva.

Esto lo han comprendido muy bien otros ordenamientos en los que se regula un único proceso de ejecución, sea cual fuere el título ejecutivo, sentencia firme, documento público o documento privado; y en ese proceso se prevé la oposición del ejecutado relativa a la existencia y contenido del derecho material, disponiendo que el Juez puede suspender la ejecución si concurren motivos graves y con o sin fianza del ejecutado (arts. 474, 615.II y 624 del *Código di procedura civile* italiano, por ejemplo).

En el Derecho español se optó erróneamente por regular dos ejecuciones en atención al título: si es judicial no se previó la oposición del ejecutado, originándose los problemas que aquí hemos pretendido resolver; y si es contractual se articuló un juicio ejecutivo con oposición limitada, es decir, una ejecución con incidente declarativo intercalado y sumario, esto es, con limitaciones, que por lo mismo no produce cosa juzgada. Con todo, las causas de oposición admisibles (arts. 1.464 y 1.467 de la LEC) hacen que el proceso declarativo posterior sea una mera posibilidad con muy escasa realidad práctica.

6. LA EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN EN LA EJECUCIÓN

La contradicción entre las partes no es sólo un instrumento técnico con el que facilitar el conocimiento por el Juez de la controversia existente entre aquéllas; es también algo que se corresponde con la misma esencia del proceso, de modo que no cabe hablar de dos partes enfrentadas que disponen de los mismos medios de ataque y defensa.

Tradicionalmente se ha venido sosteniendo que la contradicción se presentaba de modo completo en el proceso de declaración, mientras que en el de ejecución o bien no existía contradicción, porque el conflicto había sido definido ya en la sentencia que se ejecuta o bien la contradicción era limitada por la misma razón. En España esta concepción ha encontrado el apoyo de una LEC que no hace ni alusión a la oposición del ejecutado.

La doctrina y la jurisprudencia no han sido conscientes de que defender, por un lado, que la contradicción es esencial para la misma existencia del proceso y sostener, por otro, que en la ejecución de sentencias o no había o la contradicción era limitada constituía una clara incoherencia conceptual, que se agravaba todavía más cuando el título a ejecutar no era una sentencia sino un título de los asimilados a los judiciales.

Hoy no puede seguir desconociéndose que si el proceso de ejecución es un verdadero proceso y no puede ser otra cosa atendido el artículo 117.3 de la CE, habrán de apreciarse dos planos:

1.º Relación jurídico-material: Partiendo de la declaración jurisdiccional con cosa juzgada es obvio que no podrá discutirse en la ejecución sobre

lo ya resuelto y cubierto por la cosa juzgada, pero esto no puede significar que al ejecutado se le vede cualquier alegación relativa a la relación jurídico-material; si ésta sigue existiendo después de la sentencia firme, todo lo que haya podido influir sobre la existencia y contenido de ella y se haya producido con posterioridad a ésta ha de poder ser alegado por el ejecutado.

En los casos en que la Ley permita iniciar la ejecución sin declaración judicial previa del derecho no ha existido cosa juzgada, y entonces es más admisible aún que se proceda a una ejecución a ciegas sin tomar en cuenta la realidad de la relación material. La Ley puede convertir en ejecutivo un documento, pero no puede impedir que el ejecutado alegue sobre la relación material a riesgo de producirle indefensión. Cabe que la Ley convierta el incidente declarativo en sumario, esto es, limite las alegaciones posibles permitiendo un proceso declarativo posterior, pero la supresión completa de la oposición del ejecutado supone indefensión.

2.º Relación jurídico-procesal: Sea el título ejecutivo judicial o no judicial, la ejecución en cuanto proceso sólo puede realizarse con plena observancia del principio de legalidad. Este principio debe acentuarse en su exigencia cuando la actividad regulada es ejecutiva, pues es entonces cuando se produce una verdadera injerencia coactiva en la esfera jurídica del ejecutado. La observancia de la legalidad no puede confiarse sólo a la apreciación de oficio por el Juez, sino que el ejecutado ha de poder alegar para exigir el cumplimiento de la misma.

Independientemente de cuál sea el objeto del proceso y del tipo de pretensión ejercitada en él, la iniciación del mismo implica por esencia convertir a su sujeto pasivo en parte de una relación jurídico-procesal y en ella, para debatir en torno a la regularidad de la misma, sin referencia al contenido, el ejecutado no puede estar limitado, no pueden existir causas procesales de oposición inadmisibles. Si el legislador regula la oposición de una determinada manera, no puede luego decir que el ejecutado no puede exigir su cumplimiento.

En conclusión, y para finalizar, la idea de la limitación de la contradicción en el proceso de ejecución es radicalmente falsa. En España la LEC incurrió en el grave error por omisión de no regular la oposición del ejecutado, pero esa omisión significa sólo que el esfuerzo exigido a la doctrina y a la jurisprudencia es mayor en cuanto que no se trata de explicar un sistema, sino de construirlo. En estas páginas se ha pretendido sólo poner las bases de esa construcción.

JUAN MONTERO AROCA

Catedrático de Derecho Procesal
en la Universidad de Valencia.
Magistrado del Tribunal Superior
de Justicia de la Comunidad Valenciana