

BOLETÍN

COMISIÓN DE DERECHO PRIVADO

Nº 35

Octubre
2024

Juezas y Jueces
para la Democracia

Third-party funding.
¿El futuro de la litigación
civil en España?

Javier Ramos de la Peña

Ejecución provisional:
problemas y soluciones

Daniel Valcarce Polanco

Reflexiones para una
buena praxis en la
audiencia de menores en
los procesos de familia

Celima Gallego Alonso

La objeción de
conciencia farmacéutica
y la posible vulneración
de los derechos de las
y los pacientes

Ane Fadrique Blanco

La insolvencia
procesal del deudor.
Una propuesta para
la agilización de la
ejecución civil

Ignacio Martin Verona



BOLETÍN

COMISIÓN DE DERECHO PRIVADO

35

Dirección

Ana García Orruño
Javier Ramos de la Peña
Daniel Valcarce Polanco

Coordinación

Fátima Mateos Hernández

Diseño y maquetación

Emi Ramírez

Imágenes

Freepick, Unsplash

Edita

Juezas y Jueces para
la Democracia en Madrid

ISSN 2695 - 9941
Madrid

Juezas y Jueces
para la Democracia

ARTÍCULOS

Third-party funding. ¿El futuro de la litigación civil en España?

Javier Ramos de la Peña



Ejecución provisional: problemas y soluciones

Daniel Valcarce Polanco



Reflexiones para una buena praxis en la audiencia de menores en los procesos de familia

Celima Gallego Alonso



La objeción de conciencia farmacéutica y la posible vulneración de los derechos de las y los pacientes

Ane Fadrique Blanco



La insolvencia procesal del deudor. Una propuesta para la agilización de la ejecución civil

Ignacio Martin Verona



Editorial

Encaramos el último trimestre de 2024 dejando momentáneamente de lado el gran impacto que han tenido en la jurisdicción civil las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, para centrarnos en otros aspectos no menos destacables que se plantean en la jurisdicción civil.

Entre algunos temas de actualidad hemos querido destacar en este boletín la creciente relevancia que pueden tener los fondos de litigación en la jurisdicción civil, cuyo aterrizaje en España trae consigo una serie de retos que merecen cuando menos un debate. También nos ha parecido oportuno continuar con el estudio de la figura de la ejecución provisional que iniciamos en el anterior boletín, una herramienta que, como es sabido, introdujo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 y que, hoy en día, suscita múltiples problemas prácticos en el día a día de los Juzgados. En esta ocasión, se abordarán algunas cuestiones relativas a la oposición a la ejecución, suspensión de la ejecución, revocación o confirmación de la sentencia, ejecución de la sentencia de condena de segunda instancia y régimen de costas procesales.

“ [...] hemos querido destacar en este boletín la creciente relevancia que pueden tener los fondos de litigación en la jurisdicción civil, cuyo aterrizaje en España trae consigo una serie de retos que merecen cuando menos un debate”

Cerramos el círculo de aspectos procesales ofreciendo una investigación sobre el fenómeno de la insolvencia procesal, queriendo llamar la atención sobre aquellas ejecuciones abiertas en los Juzgados durante años frente a personas que carecen de bienes conocidos, lo que supone una actividad estéril para los Juzgados con nulos resultados para el ejecutante pero que implica una sobrecarga a los órganos de la jurisdicción civil. El análisis se apoya en datos empíricos obtenidos de un Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, que permiten abrir un debate sobre la articulación de alternativas a la apertura indefinida de estas ejecuciones.

El presente boletín también coloca el foco sobre aspectos más “humanos” de la jurisdicción civil. En primer lugar, se proponen una serie de “buenas prácticas” a la hora de llevar a cabo la exploración del menor en los procedimientos de familia, una actuación que va mucho más allá de una diligencia probatoria, ya que es el mecanismo para que el órgano jurisdiccional escuche la opinión del menor al que van a afectar sus decisiones. Finalmente, no hemos querido perder de vista el debate en torno a la objeción de conciencia de las farmacias y los derechos del paciente, a propósito de la regulación que algunas Comunidades Autónomas están introduciendo.

Third-party funding. ¿El futuro de la litigación civil en España?



Javier Ramos de la Peña

Magistrado de la Audiencia Provincial de Girona

Introducción

En los últimos años ha suscitado interés el desembarco en España de los denominados fondos de litigación, que responden al fenómeno del “third-party funding” (TPF), una herramienta gracias a la cual una parte (principalmente, la demandante) obtiene fondos de un tercero ajeno al proceso para interponer una demanda y proseguir con la actividad procesal posterior, a cambio de un retorno financiero. Se trata, como dice Borrero¹, de una manifestación más de la financiación de los pleitos con recursos ajenos a las partes del proceso, y constituye una alternativa a otros instrumentos como la asistencia jurídica gratuita, el seguro de defensa jurídica o la financiación a cargo del propio letrado (mediante el pacto de cuota litis).

El TPF no debe ser confundido con otras figuras como la mera cesión del crédito, ya sea en fase declarativa (arts. 1535 CC y 17 LEC) o de ejecución (art. 540 LEC), o la concesión de un préstamo por una entidad financiera. Lo que singulariza el TPF es que el financiador es un inversor profesional que sostiene económicamente a una parte y su equipo

1. BORRERO ZORITA, Luis, *Revista lex mercatoria*, vol. 11, 2019, pp. 12-22.

jurídico, sin perjuicio de que, en determinadas ocasiones, pueda llegar a imponer a los abogados de su confianza. Funciona de forma similar a como lo hacen los fondos de inversión y, por tanto, mira hacia los procedimientos judiciales como si fuesen activos con un riesgo, que es la pérdida del litigio, creándose un auténtico mercado de la litigación. El funcionamiento de estos fondos sigue un sofisticado esquema que parte de una cuidadosa identificación de procedimientos judiciales rentables y la realización de un proceso de “due diligence” que analice las probabilidades de éxito en cada procedimiento. Su origen se encuentra en el ámbito del arbitraje y en el mundo anglosajón.

“Funciona de forma similar a como lo hacen los fondos de inversión y, por tanto, mira hacia los procedimientos judiciales como si fuesen activos con un riesgo, que es la pérdida del litigio, creándose un auténtico mercado de la litigación”

El fenómeno de los TPF plantea varios retos jurídicos, pero desde el punto de vista de la Administración de justicia nos interesa colocar el foco principalmente en tres: (i) la falta actual de regulación; (ii) la necesidad de dotar a este fenómeno de transparencia; (iii) en estricta conexión con el aspecto anterior, la evitación de conflictos de intereses. Estas tres cuestiones se abordarán de forma muy escueta, debiendo llamarse la atención sobre la complejidad de esta tendencia, que excede en mucho el espacio y las finalidades de este artículo.

La falta de regulación

Como dice JÚDICE², los TPF son una herramienta que puede ser utilizada para el bien o no, razón por la cual se impone la necesidad de su regulación. La normativa más desarrollada sobre financiación parciaria la encontramos en el ámbito del arbitraje, como muestra, por ejemplo, el art. 11.7 del Reglamento de Arbitraje de la ICC³ y observamos en textos de “soft law”, como el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje.

En la esfera jurisdiccional, a día de hoy, en España carecemos de una norma que aborde esta figura. El paso más importante que se ha dado en esta materia y que nos es más próximo es la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, pendiente de transposición. También es un texto relevante en esta materia el “Draft Report with recommendations to the Commission on Responsible private funding of litigation”, de 17 de junio de 2021.

2. JÚDICE, José Miguel, *Arbitraje*, Vol XI, núm. 1, 2018, pp. 55-71.

3. International Chamber of Commerce.

Necesidad de transparencia

La segunda cuestión que suscita esta peculiar forma de financiación de la litigación es la necesidad de revelar que una de las partes está siendo apoyada por un TPF, ya que ello desencadena ciertas consecuencias en el devenir del proceso.

Como señala Agulló⁴, en el mundo del arbitraje el deber de revelación tiene el propósito de salvaguardar la igualdad de armas y la integridad del proceso arbitral. Se pretenden evitar, por ejemplo, situaciones en que un árbitro es nombrado de forma recurrente a petición de las partes financiadas por el mismo fondo especializado. En cambio, en el ámbito jurisdiccional, la finalidad del deber de revelación no busca prevenir conflictos de interés con el órgano jurisdiccional, ya que éste es el predeterminado por la ley, sino garantizar que la acción va realmente orientada a la protección de los intereses del financiado y, singularmente, de los consumidores y usuarios.

En esta línea, el art. 10.3 de la Directiva 2020/1828 dispone que las entidades habilitadas comunicarán al órgano jurisdiccional o autoridad administrativa un “resumen financiero” de las fuentes de financiación utilizadas para apoyar la acción de representación. Ello implica que deberá comunicarse el hecho de que una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios está siendo apoyada por un fondo de litigación y, sin llegar a revelar el contenido concreto del acuerdo entre el actor y el fondo, sí reseñar algunas de sus características principales.

Conflictos de intereses

El fondo de litigación puede asumir un papel que vaya mucho más allá de proporcionar financiación, tomando las riendas de la dirección jurídica de los demandantes financiados (imponiendo, por ejemplo, un determinado equipo de abogados o las actuaciones a seguir en cada fase procesal) para garantizarse la obtención de un retorno financiero ajeno a los verdaderos intereses de éstos.

La Directiva 2020/1828 muestra en su art. 10 una preocupación por evitar conflictos de interés en procedimientos que persigan la obtención de medidas resarcitorias en beneficio de consumidores y usuarios. Puede ocurrir, por ejemplo, que el financiador fuerce un acuerdo prematuro que asegure la obtención de un rédito pero no garantice una indemnización verdaderamente justa para los consumidores demandantes.

A tal efecto, los Estados miembros deben velar, en particular, por que las decisiones de las entidades habilitadas en el contexto de una acción de representación, incluidas las decisiones relativas a los acuerdos, no estén indebidamente influidas por un tercero de un modo que resultaría perjudicial para los intereses colectivos de los consumidores afectados por la acción de representación.



4. AGULLÓ AGULLÓ, Diego. *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1, 2022, pp. 183-231.

También deberán garantizar que la acción de representación no se ejercite contra un demandado que sea un competidor del financiador o contra un demandado del que dependa el financiador. A todo ello se suma el deber de los órganos jurisdiccionales de fiscalizar que los acuerdos de resarcimiento alcanzados por los consumidores en el marco de acciones colectivas sean equitativos y respeten los derechos de los consumidores y usuarios (art. 11 de la Directiva).

Supuestos típicos en los que puede tener lugar

A la hora de interrogarse sobre los supuestos típicos en los que los TPF pueden resultar de aplicación, BORRERO⁵ indica que deben tratarse principalmente de procesos de la jurisdicción civil (excluyendo procedimientos penales, de familia, menores, laboral, etc) en los que el inversor obtenga una rentabilidad, señalando que no cumplen este requisito, por ejemplo, demandas individuales de baja cuantía. Entiende comprendidos

“[...] Borrero indica que deben tratarse principalmente de procesos de la jurisdicción civil (excluyendo procedimientos penales, de familia, menores, laboral, etc) en los que el inversor obtenga una rentabilidad”

típicamente en estos requisitos, por tanto, algunos procedimientos de derecho societario y concursal o de derechos de exclusiva como patentes, y expresa sus dudas sobre el interés de estos fondos en las acciones colectivas (“class actions”), por la ineficiencia de su regulación en España. No obstante, con la reciente introducción del mecanismo del pleito testigo (art. 438 bis LEC) y de la extensión de efectos (art. 519 LEC) puede aumentar el interés en procedimientos promovidos por consumidores y usuarios, lo que podría incrementar todavía más la litigación en masa en nuestro país.

Bibliografía

AGULLÓ AGULLÓ, Diego, “Los contratos de financiación de litigios por terceros (Third-party funding) en España”. *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1, 2022, pp. 183-231.

BORRERO ZORITA, Luis, “Fondos de litigación (Litigation Funds): una primera aproximación”. *Revista lex mercatoria*, vol. 11, 2019, pp. 12-22.

JÚDICE, José Miguel, “Some notes about third-party funding: a work in progress”. *Arbitraje*, Vol XI, núm. 1, 2018, pp. 55-71.

5. BORRERO ZORITA, op. cit. p.2.

Ejecución provisional: problemas y soluciones



Daniel Valcarce Polanco

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Valencia

BLOQUE DOS: OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN, SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN, REVOCACIÓN O CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA, EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DE CONDENA DE SEGUNDA INSTANCIA Y RÉGIMEN DE COSTAS PROCESALES

Continuando con el estudio de diversos aspectos de la ejecución provisional, que comenzó en el anterior boletín, se abordarán en el presente algunas cuestiones relativas a la oposición a la ejecución, suspensión de la ejecución, revocación o confirmación de la sentencia, ejecución de la sentencia de condena de segunda instancia y régimen de costas procesales.

I. OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN:

La exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya pone de manifiesto la decidida apuesta por la ejecutividad provisional de las resoluciones dictadas en primera instancia, razonando la confianza en la misma. Pese a ello, también se regula un trámite de oposición a la ejecución provisional solicitada por el beneficiado por la resolución de primera instancia, otorgando una vía al condenado provisionalmente, no para reiterar los argumentos de fondo del procedimiento principal, discutiendo así el acierto de la sentencia, sino para alegar:

- a. la improcedencia de la ejecución provisional (por infracción del artículo 527, 528.2.1),
- b. el riesgo de crear, en ejecución de condena no dineraria, una situación de difícil restauración, o de compensar los daños y perjuicios, para el caso de que el título ejecutado quede sin efecto por la estimación del recurso contra el mismo en segunda instancia (528.2.2),
- c. la improcedencia de determinadas medidas (528.3) en la ejecución de condena dineraria, por causar una situación imposible de restaurar o de compensar (528.3).
- d. por último, el pago o cumplimiento o los pactos entre las partes para evitar la ejecución (528.4)

Partiendo de ese marco normativo, pueden examinarse diversas cuestiones relativas a la ejecución provisional.

1º En primer lugar, y previo al examen de los motivos de oposición regulados, determinar si existen motivos de oposición tasados y excluyentes, o si cabe admitir algunos distintos de los recogidos en el artículo 528

El artículo 528 establece que la oposición “*podrá fundarse únicamente*” en los motivos indicados en dicho precepto, que se han citado anteriormente.

Pese a la taxatividad del pronunciamiento legal, se ha planteado la duda de si cabría oponer otros motivos, especialmente si cabe oponer la existencia de defectos procesales del artículo 559 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pese a la naturaleza y peculiaridad del procedimiento de ejecución provisional, y reconociendo que existen diversas posturas al respecto, se entiende que la respuesta debe ser afirmativa, y que el ejecutado provisionalmente puede oponer los motivos procesales incluidos en el artículo 559 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tanto por el carácter apreciable de oficio de algunas de las circunstancias allí previstas, como por no limitar en mayor medida la posición del ejecutado provisionalmente, y por tanto pendiente de una posible revocación del título, frente a la posición del ejecutado definitivo.

“ Pese a la naturaleza y peculiaridad del procedimiento de ejecución provisional, y reconociendo que existen diversas posturas al respecto, se entiende que la respuesta debe ser afirmativa, y que el ejecutado provisionalmente puede oponer los motivos procesales incluidos en el artículo 559 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”

Incluso, de no admitirse esa posibilidad, deberá admitirse que el ejecutado podrá alegar esos motivos procesales, dentro del marco de la ejecución provisional, por la vía del

artículo 562 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los recursos o el escrito de denuncia de la infracción cometida o, en último caso, la petición de nulidad.

2º en cuanto a la oposición del artículo 528.2.1, esto es, la infracción del artículo 527, pocas cuestiones se plantean en la práctica, dada la claridad de los supuestos recogidos en dicho precepto

Únicamente y como consecuencia de la existencia del expediente digital, parece que se puede afirmar que la previsión contenida en el artículo 527.2, relativa a obtener un testimonio de lo que sea necesario para la ejecución y acompañarlo a la solicitud, ha quedado obsoleta, y resulta un trámite innecesario, dado que el expediente judicial informatizado permanece almacenado en el sistema de gestión procesal del juzgado competente para la ejecución, teniendo el órgano, al igual que la Audiencia Provincial que conozca del recurso, pleno acceso a las actuaciones judiciales previas.

3º Condena no dineraria

La alegación relativa a *“resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada”*. Procede hacer referencia al supuesto más frecuente, que se da en los procedimientos que llevan aparejado el lanzamiento de la vivienda. Y es que, quien ha desarrollado su actividad profesional en un juzgado de instancia habrá tenido que examinar, en ejecuciones derivadas de procedimientos sobre arrendamientos, la alegación de esta causa, donde se tiene que ponderar la afectación del derecho a la vivienda, reconocido en el artículo 47 de nuestra Constitución, engarzado con el derecho a la segunda instancia, y que en el caso de desahucio por falta de pago el ejecutado debe seguir al día en el pago de las rentas durante el trámite de apelación, lo que, normalmente, determinará que se acoja dicho motivo.

4º Condena dineraria

- 4.1.** *“3. Si la sentencia fuese de condena dineraria, el ejecutado no podrá oponerse a la ejecución provisional, sino únicamente a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando entienda que dichas actuaciones causarán una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios.*

Al formular esta oposición a medidas ejecutivas concretas, el ejecutado habrá de indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone, así como ofrecer caución suficiente para responder de la demora en la ejecución, si las medidas alternativas no fuesen aceptadas por el tribunal y el pronunciamiento de condena dineraria resultare posteriormente confirmado.

Si el ejecutado no indicara medidas alternativas ni ofreciese prestar caución, no procederá en ningún caso la oposición a la ejecución y así se decretará de inmediato por el Letrado de la Administración de Justicia. Contra dicho decreto cabrá recurso directo de revisión que no producirá efectos suspensivos.”.

Un primer acercamiento a este precepto requiere indicar que la parte pasiva del procedimiento de ejecución no puede presentar como oposición una alegación general contra la ejecución provisional despachada. No, el mismo debe oponerse a alguna concreta actuación ejecutiva. Pero, sometido a condiciones, como son, en primer lugar, el que se identifique a qué medida se opone, proscribiéndose, por tanto, la oposición genérica. En segundo lugar, debe proponer una medida alternativa, medida que debe revestir el carácter de ejecutiva. Y exige el precepto que dicha medida no provoque efectos similares a la que se pretende evitar. Por último, debe ofrecer la caución en los términos indicados en el precepto.

“ Sin embargo, la interpretación del precepto ha sido objeto de correcciones, no pacíficas ni unánimes, en la doctrina de nuestros tribunales”

Sin embargo, la interpretación del precepto ha sido objeto de correcciones, no pacíficas ni unánimes, en la doctrina de nuestros tribunales.

Así, en un primer momento, se pueden encontrar, de forma mayoritaria, pronunciamientos contrarios a admitir esa oposición si no se cumplen las condiciones mencionadas.

Muestra de ello, el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 27 de julio de 2006 que dispone que *“solo cabía la oposición a actuaciones ejecutivas concretas en supuestos excepcionales, si concurrían los requisitos previstos en el art. 528.3 precitado, debiendo el ejecutado ofrecer medidas ejecutivas viables y caución siempre que aquellas provocasen una situación absolutamente imposible de restaurar o compensar económicamente, y, al mismo tiempo, indicase medios o actuaciones ejecutivas viables y ofreciese caución suficiente para responder de la demora en la ejecución”.*

O el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 2 de febrero de 2007, que sostenía que *“cuando se trata de la ejecución provisional de sentencias o autos de condena dineraria, como así sucede en el presente caso con el Auto de fecha 20.04.2005 en el que liquidan los intereses devengados y despacha ejecución por la cantidad de 6.178,81 euros, no existen causas específicas por las que el ejecutado pueda oponerse a la ejecución provisional como conjunto (aunque sí puede hacerlo por falta de los presupuestos procesales), sino que su oposición ha de limitarse a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, por entender que dichas actuaciones causarán una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios y, además, al formular esta oposición, de un lado, el ejecutado habrá de indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y que no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone, y por otro lado, deberá ofrecer caución suficiente para responder de la demora en la ejecución, si las medidas alternativas no fuesen aceptadas por el tribunal y el pronunciamiento de condena dineraria posteriormente confirmado”.*

Pero, como se ha indicado, pronto surgieron interpretaciones “correctoras” de la norma. Y así, como recuerda Carmen TEMPRANO VÁZQUEZ (“La oposición a la ejecución provisional de condena dineraria. Análisis de la doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación de los artículos 528.3 y 530.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Diario La Ley, N° 8759, Sección Dossier, 11 de Mayo de 2016, Ref. D-197, Editorial LA LEY) *“Las conclusiones alcanzadas en el Seminario sobre Ejecución Provisional, organizado por el Consejo General del Poder Judicial en 2008 constituyeron un revulsivo que cristalizó en una cada vez más constante doctrina jurisprudencial que admite la oposición genérica a la ejecución, cuando el riesgo manifiesto de insolvencia del ejecutante haga aconsejable ponderar los intereses y derechos en conflicto y abogar por evitar situaciones injustas, aunque ello sea a costa de realizar una interpretación «forzada» de la ley. Los intervinientes en dicho Seminario abogaron por «una interpretación amplia de los preceptos reguladores de la oposición frente a la ejecución provisional de condenas dinerarias, tan amplia que pueda llevar a una suspensión de la ejecución y no sólo a prescindir de alguna concreta actuación ejecutiva».*”

En cuanto a las medidas a las que se puede oponer, resulta difícil de abordar ya que habrá de estarse al caso concreto. No obstante, merece destacarse que, en no pocas ocasiones, el ejecutado alega este motivo contra, por ejemplo, la medida acordada de averiguación de bienes, y ello, evidentemente no puede ser considerado una actuación ejecutiva del procedimiento de apremio, aunque la cuestión no es tan pacífica si se habla del requerimiento efectuado al ejecutado para designar bienes, pues el mismo se acompaña de medidas coercitivas

También existe controversia, dada la redacción del precepto, sobre si el embargo puede considerarse una “medida ejecutiva concreta” en una ejecución provisional de sentencia dineraria. Y es que el artículo se refiere únicamente a las actuaciones en vía de apremio, como la subasta de un bien. Pero la cuestión relativa al embargo requiere hacer alguna precisión.

Doctrina, como María José Achón Bruñén, que ha abordado de manera muy completa el examen del procedimiento de ejecución en numerosos trabajos, entiende que de trabarse un bien inembargable, o ser desproporcionada la cuantía en relación con la condena dineraria, debe poder el ejecutado oponerse como en la ejecución definitiva, por la vía del artículo 609 o la del 562.

No cabría, sin embargo, la oposición a una medida de garantía del embargo, salvo (ACHON BRUÑEN) *“que la medida de garantía sea la administración judicial, ya que, a diferencia de las demás medidas de garantía que son fundamentalmente conservativas (v. gr., depósito o anotación preventiva de embargo), dicha administración supone una injerencia ajena en la gestión de un bien propio, por lo que el perjuicio que le puede causar al ejecutado la administración indebida no puede parangonarse con el depósito*

o la anotación preventiva de embargo, aunque en teoría el administrador responda de los daños y perjuicios.”

4.2. La alegación relativa a la existencia de una “*situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios.*”.

En la ejecución dineraria, un supuesto que se ha dado con cierta frecuencia en procedimientos derivados de la aplicación de la ley 57/1968 contra entidades bancarias es la condición de extranjero del demandante, que ha obtenido una sentencia a su favor, alegando la entidad bancaria los problemas que puede generar dicha circunstancia en caso de revocación de la sentencia.

Siendo una circunstancia, el del proceso civil con elemento extranjero, que cada año, en un país turístico como el español, va en aumento.

Si bien no ha existido una respuesta unánime, aunque casi en los casos de ciudadanos residentes en otros países de la Unión Europea en el sentido de desestimar la oposición a la ejecución, lo cierto es que, incluso con ciudadanos de otros países distintos, con un régimen jurídico estable y que no dificulta la investigación patrimonial de sus ciudadanos (por ejemplo por haber suscrito el Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil de 2007,), parece difícil sostener que entidades bancarias, algunas de las cuales tienen intereses comerciales y financieros en dichos países, puedan acogerse a dicho motivo. No parecen tener tanto reparo cuando se trata de “colocar” a consumidores españoles productos que cotizan en mercados foráneos, como ha sido tan frecuente durante muchos años.

Cuestión distinta sería el supuesto examinado a continuación, el de la alegada insolvencia del ejecutante, que fue examinada, junto con este factor de extranjería en el Seminario que organizó el CGPJ sobre la ejecución provisional, en septiembre de 2008, donde “*el sentir mayoritario puso de manifiesto la conveniencia de que legalmente se previera la posibilidad de que el Juez, en los casos en que se apreciara peligro de no reembolso por insolvencia, suspendiera la ejecución provisional, aunque la sentencia fuere de contenido dinerario. Los supuestos de riesgo que se pusieron de manifiesto en dicho Seminario fueron, no solo la insolvencia (sin necesidad de un auto de declaración del concurso), sino también la falta de arraigo en España del ejecutante, a lo que la doctrina ha añadido que el ejecutante que solicita la ejecución provisional sea una persona física o sociedad domiciliada en un país que entorpece la persecución de activos de sus residentes o que se niega a colaborar en la averiguación del accionariado de sus empresas.*”.

5º Celebración de vista

El artículo 560 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la ejecución ordinaria, prevé la solicitud de vista, e incluso recoge la posibilidad de que el Juzgador pueda considerar procedente su celebración.

Esa previsión no se encuentra en la regulación de la ejecución provisional, pese a que el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil la incluía. Parece lógico pensar que la dilación que necesariamente provoca el señalamiento de vista, más con la sobrecarga actual de

los juzgados de nuestro país, difícilmente casa con la celeridad que parece exigible a un procedimiento de ejecución provisional.

No faltan, sin embargo, quienes se pronuncian a favor de dicha posibilidad, aplicando analógicamente el artículo 560 antes citado. Solución que, si no dilata demasiado la resolución rápida que se espera en el caso de la ejecución provisional, no resulta rechazable cuando puede servir para ilustrar en mejor manera al juzgador, sobre el caso concreto, sin perjuicio de evitar que dicho trámite pueda dar lugar a alegaciones sorpresivas y reiteración de trámites innecesarios, centrando el objeto de la misma en la cuestión que se entiende puede ser clarificada con la celebración de la vista. Y, también, evitando que la celebración de la misma suponga una vulneración del principio de igualdad de las partes. Estos riesgos hacen que la celebración de vista deba ser algo excepcional.

Además, debe tenerse en cuenta el supuesto del artículo 528.4. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé la oposición fundada *“en el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, que habrá de justificarse documentalmente, así como en la existencia de pactos o transacciones que se hubieran convenido y documentado en el proceso para evitar la ejecución provisional. Estas causas de oposición se tramitarán conforme a lo dispuesto para la ejecución ordinaria o definitiva.”* Y añade que *“Estas causas de oposición se tramitarán conforme a lo dispuesto para la ejecución ordinaria o definitiva.”*, de donde se puede inferir la posibilidad de convocar vista.

En todo caso y a valoración por el juzgador, ponderando las razones antedichas, necesidad y celeridad, cabría sostener la procedencia de la convocatoria de vista si resulta útil al mismo para resolver.

II. SUSPENSIÓN

1. Suspensión en sentido no estricto:

- a) **El artículo 530.2 LEC dispone:** *“Si la oposición se hubiese formulado en caso de ejecución provisional de condena no dineraria, cuando el tribunal estimare que, de revocarse posteriormente la condena, sería imposible o extremadamente difícil restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o garantizar el resarcimiento mediante la caución que el solicitante se mostrase dispuesto a prestar, dictará auto dejando en suspenso la ejecución, pero subsistirán los embargos y las medidas de garantía adoptadas y se adoptarán las que procedieren, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 700.”*

Estable el artículo 700 Ley de Enjuiciamiento Civil:

“Si el requerimiento para hacer, no hacer o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero no pudiere tener inmediato cumplimiento, el Letrado de la Administración de Justicia, a instancia del ejecutante, podrá acordar las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena.

Se acordará, en todo caso, cuando el ejecutante lo solicite, el embargo de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales in-

demnizaciones sustitutorias y las costas de la ejecución. Contra este decreto cabe recurso directo de revisión sin efecto suspensivo ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución.

El embargo se alzará si el ejecutado presta caución en cuantía suficiente fijada por el Letrado de la Administración de Justicia al acordar el embargo, en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529.”.

Puede tomarse, a modo de ejemplo, el supuesto del procedimiento de desahucio y reclamación de rentas, donde cabe la suspensión del lanzamiento, pero continuar el procedimiento por las rentas impagadas objeto de condena.

- b) El artículo 530.3 dispone:** *“Cuando, siendo dineraria la condena, la oposición se hubiere formulado respecto de actividades ejecutivas concretas, se estimará dicha oposición si el tribunal considerara posibles y de eficacia similar las actuaciones o medidas alternativas indicadas por el provisionalmente ejecutado o si, habiendo éste ofrecido caución que se crea suficiente para responder de la demora en la ejecución, el tribunal apreciar que concurre en el caso una absoluta imposibilidad de restaurar la situación anterior a la ejecución o de compensar económicamente al ejecutado provisionalmente mediante ulterior resarcimiento de daños y perjuicios, en caso de ser revocada la condena.”*

La estimación de esta oposición únicamente determinará que se deniegue la realización de la concreta actividad ejecutiva objeto de aquélla, prosiguiendo el procedimiento de apremio según lo previsto en la presente Ley.

2. Suspensión en sentido estricto:

Artículo 531. Suspensión de la ejecución provisional en caso de condenas dinerarias.

“El Letrado de la Administración de Justicia suspenderá mediante decreto la ejecución provisional de pronunciamientos de condena al pago de cantidades de dinero líquidas cuando el ejecutado pusiere a disposición del Juzgado, para su entrega al ejecutante, sin perjuicio de lo dispuesto en la sección siguiente, la cantidad a la que hubiere sido condenado, más los intereses correspondientes y las costas por los que se despachó ejecución. Liquidados aquéllos y tasadas éstas, se decidirá por el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución provisional sobre la continuación o el archivo de la ejecución. El decreto dictado al efecto será susceptible de recurso directo de revisión ante el Tribunal que hubiera autorizado la ejecución.”

Supuestos:

- 1. PAGO DENTRO DE LOS VEINTE DÍAS SIGUIENTES A LA NOTIFICACIÓN DEL DESPACHO:** *se acordará la suspensión, pero no habrá condena en costas.*
- 2. PRESTACIÓN DE CAUCIÓN:** *no es un supuesto comprendido en el artículo 531. Se le condenará en costas.*
- 3. LA CONSIGNACIÓN DE LAS CANTIDADES PARA EVITAR EL DEVENGO DE INTERESES O SIN VOLUNTAD DE QUE SE ENTREGUE A LA PARTE EJECUTANTE:** *tampoco es un supuesto de suspensión.*

Si bien, respecto de la consignación algún pronunciamiento lo acepta “*Por otra parte, habiéndose consignado por BBVA el importe a que fue condenada y por el que se despachó ejecución, resulta evidente que dicha medida garantiza el cumplimiento de la sentencia dictada en caso de ser confirmada, considerándose dicha medida una alternativa válida y garantista a la entrega del dinero.*” (AAP Valencia, Sección 6.^a, n.º 349/2020, de 18 de diciembre ROJ: AAP V 3514/2020 - ECLI:ES: APV:2020:3514^a).

3. Otras causas de suspensión:

Prejudicialidad penal, por ejemplo, vid AAP Zaragoza 26 de junio de 2007.

III. REVOCACIÓN DE LA SENTENCIA

Examinar la revocación requiere previamente hacer una referencia a la Confirmación de la resolución provisionalmente ejecutada, regulada en el artículo 532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que únicamente determinará que, si aun tiene objeto la ejecución, pues puede haberse visto ya satisfecho el ejecutante, la misma continúe como definitiva.

Por su parte el artículo 533 recoge la revocación de condenas al pago de cantidad de dinero, acordando poner fin a la ejecución y requiriendo al ejecutante para devolver la cantidad que hubiere percibido, así como reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado.

También prevé la revocación parcial, en cuyo caso sólo se devolverá la diferencia “*entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, anualmente, desde el momento de la percepción, el tipo del interés legal del dinero.*”.

Y el párrafo 3º establece que “*Si la sentencia revocatoria no fuera firme, la percepción de las cantidades e incrementos previstos en los apartados anteriores de este artículo, podrá pretenderse por vía de apremio ante el tribunal que hubiere sustanciado la ejecución provisional. La liquidación de los daños y perjuicios se hará según lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes de esta Ley.*”

El obligado a devolver, reintegrar e indemnizar podrá oponerse a actuaciones concretas de apremio, en los términos del apartado 3 del artículo 528.”.

Por su parte, el artículo 534 se refiere a la revocación en casos de condenas no dinerarias, estableciendo la obligación de devolver lo entregado en sede de ejecución provisional, o

“ Examinar la revocación requiere previamente hacer una referencia a la Confirmación de la resolución provisionalmente ejecutada, regulada en el artículo 532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”

deshacer lo hecho en la misma, añadiendo en el primer caso los frutos o el valor de uso y, en el segundo, los daños derivados de lo hecho. Y, también en el primero, para el caso de ser imposible restituir lo entregado, la indemnización de daños y perjuicios por la vía del artículo 712.

También prevé que, de no ser firme la sentencia revocatoria, la restitución, la liquidación de daños, y la destrucción de lo hecho, se hará a través del procedimiento de ejecución ante el tribunal competente para la provisional.

Y en cuanto al anterior ejecutante, convertido ahora en ejecutado, le concede el apartado 4º, la posibilidad de oponerse, dentro de la vía de ejecución, con arreglo a lo previsto en el artículo 528 de esta Ley.

Por tanto, se intercambian las posiciones de las partes en la ejecución provisional a que pueda da lugar la sentencia revocatoria.

Ese supuesto, no previsto en la legislación anterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2001, sin embargo, fue reconocido. Así, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, Sentencia 44/1998, de 24 de febrero de 1998, en un supuesto en que la Audiencia Provincial revocó la sentencia dictada por un juzgado de Pamplona, juzgado que había tramitado la ejecución provisional. Solicitada la ejecución provisional de la sentencia de segunda instancia, la Audiencia Provincial declaró no haber lugar a la misma por entender que, dado que ello supondría alterar los términos de la ejecución provisional tramitada ante el Juzgado de Primera Instancia, la solicitud debía ser dirigida a éste, al que acudió la parte obteniendo que no cabía por carecer de cobertura legal, apelando la parte y reconociendo la Audiencia Provincial la procedencia de los instado. Frente a ello la parte antes ejecutante alegó ante el TC la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. Y se consideró que, pendiente de firmeza, por la interposición de un recurso de casación, la sentencia revocatoria dictada en segunda instancia, es admisible la ejecución provisional de la sentencia revocatoria, ordenando al inicialmente ejecutante la devolución de determinadas cantidades de dinero que le habían sido abonadas por la anteriormente ejecutada en la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, señalando el Tribunal Constitucional que “constituye también una cuestión inequívocamente inscrita en el marco de la aplicación e interpretación de la legalidad ordinaria, sobre la que este Tribunal, por corresponder en exclusividad dichas tareas a los órganos judiciales ordinarios” y que lo motivado y razonado de la decisión adoptada no había ocasionado lesión al recurrente en amparo.

No se trata, sin embargo, de revocar la primera ejecución provisional, sino de acudir a una nueva ejecución provisional de la sentencia revocatoria: *“si la sentencia revocatoria no es firme es más lógico acudir a una ejecución provisional de la misma que no a la revocación de la primera ejecución provisional atendida la falta de firmeza de la segunda instancia”* (Auto de la AP Castellón, Sección 2.ª, 86/2010, de 9 de diciembre (rec. 85/2010) (SP/AUTRJ/625068).

IV. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DE CONDENA DE SEGUNDA INSTANCIA

En este breve epígrafe, solo recordar que la condena obtenida en segunda instancia es susceptible de ejecución provisional, no presentando especialidad alguna, manteniendo se los mismos presupuestos y requisitos, y debiendo observarse el procedimiento que está siendo examinado. Igualmente, son idénticos los requisitos temporales y la compe-

tencia funcional. Y, despachada la ejecución, quien haya sido condenado, puede oponerse en la misma forma expuesta, surtiendo los mismos efectos la posterior sentencia.

V. RÉGIMEN DE COSTAS PROCESALES

Entrando ya al último punto de este somero análisis de la ejecución provisional debe tenerse en cuenta, como recuerda MARTINEZ DE SANTOS (LA EJECUCIÓN CIVIL, Editorial LAY LEY), que “la ejecución de la sentencia firme es una obligación del deudor, pero la ejecución provisional es un derecho del acreedor, a que se adelante la ejecución”.

En materia de costas se plantean algunos interrogantes:

1. La posibilidad de tasar las costas de la ejecución provisional

Los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil permiten considerar esta opción admisible. El artículo 531 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al referirse a la Suspensión de la ejecución provisional en caso de condenas dinerarias, se refiere a que el *“Letrado de la Administración de Justicia suspenderá mediante decreto la ejecución provisional de pronunciamientos de condena al pago de cantidades de dinero líquidas cuando el ejecutado pusiere a disposición del Juzgado, para su entrega al ejecutante, sin perjuicio de lo dispuesto en la sección siguiente, la cantidad a la que hubiere sido condenado, más los intereses correspondientes y las costas por los que se despachó ejecución”*.

El artículo 531 lo circunscribe a la ejecución provisional de pronunciamientos de condena al pago de cantidades de dinero líquidas, pero no existen razones para no extenderlo a los supuestos de condenas no dinerarias.

Por su parte, el artículo 533, relativo a la revocación de condenas al pago de cantidad de dinero, contempla, en el supuesto de revocación total, que *“el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado.”*

Esa obligación de devolución de las costas ha sido discutida, con fundamento en que el ejecutado provisionalmente tenía la obligación de cumplir, y es su incumplimiento lo que ha generado las costas de la ejecución provisional. Pero lo que discuten no es la procedencia de la tasación de costas sino de la devolución de las costas en caso de revocación de la sentencia.

Por último, la remisión que el artículo 524.2 hace a la ejecución ordinaria, permite acudir al art. 539.2, que establece la regla general de que las costas de la ejecución serán a cargo del ejecutado.

2. Criterio de imposición de costas en la oposición a la ejecución provisional

Frente a la regulación prevista en los artículos 559 y 561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución definitiva, la oposición a la ejecución provisional o a actuaciones ejecu-

tivas concretas no contiene previsiones en materia de costas. Ello ha llevado a entender que no deben imponerse.

Sin embargo, no existen razones para excluir la condena en costas cuando la oposición ha sido desestimada. Así se pronuncian el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.^a, 318/2007, de 21 de noviembre; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.^a, 304/2009, de 22 de mayo.

Monserrat Molina, P. E., y Bernabéu Pérez, I. C. ("Algunos aspectos de la ejecución provisional en materia civil". Práctica de Tribunales n.º 3, marzo 2004) entienden que en el incidente de oposición a la ejecución provisional deberá aplicarse estrictamente el art. 394 Ley de Enjuiciamiento Civil.

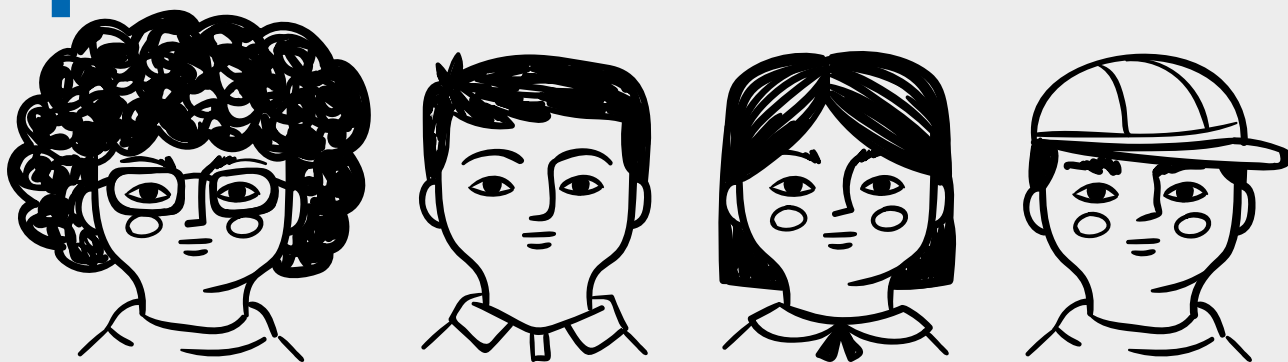
Al ejecutante también cabe imponerle las costas, cuando la oposición sea estimada, pero en este caso solo por los motivos previstos en el artículo 528.2.1.^a (por haberse despachado infringiendo los requisitos previstos en la Ley) o por el del 528.4 (por pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia o por pactos o transacciones que se hubieran convenido y documentado en el proceso para evitar la ejecución provisional). La razón, lógica, de la imposición de costas en esos supuestos es que se ha iniciado un procedimiento de ejecución provisional que no debió iniciarse, a instancia del ejecutante, y que en estos casos la oposición estimada determina el archivo de la ejecución provisional, y no la mera suspensión.

En los supuestos en que la estimación de la oposición de lugar a la suspensión de la misma, por ejemplo, al alegar "resultar imposible o de extrema dificultad restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado", parece razonable la no imposición de costas.

Accede a todos **nuestros números** a través de la web



Reflexiones para una buena praxis en la audiencia de menores en los procesos de familia



Celima Gallego Alonso

Magistrada. Juzgado de Primera Instancia nº 8 competencia exclusiva Familia, Móstoles (Madrid).

La correcta cobertura protectora al “interés superior del menor” en los procesos de familia tiene una primera consecuencia práctica e instrumental y es la obligación del aplicador del derecho de oír al-la menor, de traer al espacio de decisión la expresión de ese interés, por sí mismo, dando carta de naturaleza, normalizada, a su derecho a ser oído y al tiempo ofrecerle una participación en el proceso no traumática, no burocrática y a la medida de la importancia vital que esa intervención tiene, y que al tiempo es un derecho que ha de poder ser ejercido sin impacto emocional negativo, de un lado y de otro dando a su participación en el proceso la relevancia y el peso que tiene en la decisión que se va a adoptar sobre la ruptura o crisis familiar.

Esta preocupación que aparece con gran frecuencia en los foros de reflexión y debate sobre los procesos de familia y el trato que ofrecemos a los niños, niñas y adolescentes, cristaliza en la necesidad de “ordenar” las buenas intenciones y sistematizarlas en catálogos de buenas prácticas. Así, recientemente (7/06/2024), la **Junta de Jueces de Familia de Barcelona aprobó un Decálogo de buenas prácticas para la audiencia del menor**, que suscribimos tanto por su valor de iniciativa como por su sensato contenido.

Ya forma parte del *buen saber hacer* de los Juzgados y Tribunales de Familia la convicción de que las audiencias de niñas, niños y adolescentes tendrán carácter preferente, y se

realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo, con asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos. Debemos recordar que el Tribunal Supremo ha reiterado (vid STS Sala 1ª núm. 157/2017 de 7 marzo) en relación a la audiencia de los menores que **“no estamos ante un medio de prueba, sino que ha de respetarse como derecho del menor a ser oído en todos los procedimientos judiciales que les afectan directamente, (...)”**. Es importante trasladar en todas las decisiones esta filosofía, pues es acostumbrado que se solicite la audiencia del-la menor como “medio de prueba”.

La denegación de la práctica de audiencia deberá efectuarse mediante resolución motivada y en el interés superior del niño, niña o adolescente. Recordemos no obstante que al-la menor se le protege no solo dándole audiencia, sino también no practicándola cuando se considere innecesario o contrario a su interés superior.

No puedo menos que significar que la edad a partir de la cual deber oírse a los niños son **los 12 años, sin embargo la correcta interpretación, pienso, de los inconcretos conceptos “madurez” o “suficiente juicio” permite considerar necesario oír a menores de esa edad**, de hecho, la tendencia creciente actualmente aboca a escucharlos cada vez con menos años, pues los cambios culturales en las sociedades de información veloz y el uso normalizado de redes sociales así como la creciente importancia de la participación activa de los niños y niñas y adolescentes en los procesos sobre cuestiones que les afectan, ha evolucionado significativamente respecto a los parámetros de madurez en la infancia y adolescencia hacia edades más tempranas.

Es sabido que las entrevistas deben realizarse, obviamente, en presencia del Juez, del Ministerio Fiscal y del LAJ, sin presencia de los progenitores, ni abogados, ni procuradores. Excepcionalmente, y a criterio del tribunal, se podrá considerar la presencia del defensor judicial, como mero observador, en supuestos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Así pues y a tal fin se deberá coordinar la agenda de señalamientos del Juzgado con la agenda del Fiscal y en su caso el-la profesional que excepcionalmente deba asistir.

Se desaconseja el uso de togas y el desarrollo en la sala de vistas, es preferible un despacho o una sala multiusos- polivalentes o bibliotecas, si no se dispone de espacio adecuado.

El Decálogo de los Jueces de Familia de Barcelona recuerda que *no se realizarán audiencias que no hayan sido acordadas previamente por el tribunal, debiéndose abstener las partes, abogados y procuradores de traer a las niñas, niños y adolescentes al Juzgado en mismo día del acto de la comparecencia*. Ciertamente **la co-**

incidencia de la audiencia con la vista, desde una mirada realista a la abrumadora y endémica carga de trabajo de los Juzgados, sabemos que no siempre es posible evitarla, pero debe prevenirse que se vean inmersos en la enorme tensión que en ocasiones se respira en la antesala, debería procurarse al menos un espacio de espera en el que el-la menor pueda estar cómoda y tranquilamente.

“ Se desaconseja el uso de togas y el desarrollo en la sala de vistas, es preferible un despacho o una sala multiusos- polivalentes o bibliotecas, si no se dispone de espacio adecuado”

Considero de gran interés recoger el análisis del iter de la audiencia del menor basado en la **Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño (Defensor del Pueblo, 2014, págs.16- 19)**, y me detendré en **la primera fase: la de Preparación**, que engloba toda la información previa que se le debe trasladar al menor. Es muy importante “calibrar” qué debe contener, pienso que aquellos puntos sobre los que tiene que manifestarse; los motivos que hacen necesaria su participación en el proceso; el modo en que va a tener lugar la audiencia – entre otros, las personas que van a asistir y el papel de cada una, en qué soporte van a quedar recogidas sus manifestaciones, y el acceso por parte de terceras personas a tales manifestaciones –, además de la persona que va a tomar la decisión que le afectará. El-la menor debe saber que sus opiniones son importantes, y conocer las consecuencias que se pueden derivar de aquellas. Este extremo no es pacífico, pues a la pregunta de si podría tal traslado de información ser perjudicial para el-la menor, pienso que para evitar generarle ulteriores perjuicios no es conveniente en absoluto que este conozca al detalle todas las cuestiones procesales que integran el caso, solo aquello que es estrictamente necesario. **La clave reside, por tanto, y como siempre, en encontrar el punto de equilibrio.** Existen iniciativas novedosas sobre **el envío de una comunicación personal al-la menor** con lenguaje sencillo convocándole para la entrevista, elaborada por el Juez y dirigida al-la menor a través del letrado del progenitor que lo tenga a su cargo.

En cuanto al desarrollo de la entrevista, **el ambiente, tono y entorno han de ser cordiales**, amigables sin convertir el momento en una *ocasión lúdica*, me confieso contraria a abordar las audiencias como si fueran un juego, aligerar la gravedad no significa banalizar el momento, adaptando, claro está el contexto a la edad y madurez del-la menor.

Deberá cuidarse el **protocolo de acogida**, con presentación de los asistentes a la audiencia, y la función de cada uno de ellos. Debemos decirles que ellos o ellas no son responsables del desencuentro de sus padres y que no se sientan distintos pues más de la mitad de las parejas acaban en ruptura, desgraciadamente los adultos somos así.

La técnica es la entrevista más aconsejable desde mi punto de vista es la “circular”, sería erróneo entrar de lleno en el asunto a tratar, sino que se debe comenzar al estilo de una *small talk* para generar confianza y tranquilidad, preguntando sobre su edad, aficiones, aspiraciones. Yo pregunto si comen bien, si duermen bien, si su salud es buena,

si deporte, gimnasio, ambiente en el colegio, si tiene o no móvil, si usa redes sociales... son datos ahora mismo esenciales para construir

aproximadamente el esbozo de un perfil del-la menor. Todo ello con **lenguaje claro y sencillo y practicando escucha activa,**

nunca un interrogatorio, y evitando formular preguntas dicotómicas como la elección entre uno u otro progenitor. El

ritmo de la entrevista: depende del desarrollo intelectual y cognitivo que en cada menor es diferente, **el juez tendrá que**

acomodarse al ritmo psicológico del menor.

Es importante recordarles que lo que allí digan es **confidencial y permanecerá en reserva**, y solo aquellas preguntas directas que sean realmente esenciales se participarán con los responsables técnicos del proceso. Una de las cuestiones más controvertidas en esta materia es la relativa a la posibilidad de recoger las mani-



festaciones vertidas por el menor en la exploración judicial, así como el soporte que las recoja y el acceso a este: **Cómo se documenta**. Y cómo resolver de forma equilibrada una eventual colisión entre el derecho a la intimidad del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes pues la información que se obtiene de la exploración judicial “forma parte del acervo probatorio y coadyuva a la formación de la convicción judicial”.

Existe disparidad en la praxis judicial debido a la inexistencia de una regulación concreta al respecto. Bien se opta por la grabación de la exploración judicial y en ocasiones al amparo de lo establecido en los artículos 138 y 140 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se declara reservado el contenido de la exploración ordenando que del trámite de audiencia y escucha del-la menor se facilitara información a las partes se informará por el propio tribunal en el acto de celebración de la vista, sin que deba proporcionarse copia de la grabación si llegaran a solicitarla.

O bien se opta por la plasmación de la información en un acta levantada por el Letrado de la Administración de Justicia.

Yo personalmente he optado por esta última fórmula. Lo hago con apoyo en la destacada **STC 64/2019 (RTC 2019\64) de 4 de mayo** que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 18.2.4 de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria.

Considera el Tribunal Constitucional que la clave reside en considerar que el momento en que se garantiza el derecho a ser oído y escuchado y el derecho a la intimidad del menor es en el desarrollo de la exploración judicial, siendo ahí cuando se deben tomar todas las medidas necesarias. **El traslado del acta no supone, por tanto, un menoscabo de aquella intimidad que ya se vio salvaguardada en un momento anterior.**

El ulterior traslado del acta supone la conciliación entre la intimidad del menor y la tutela judicial efectiva de las partes, de conformidad con el principio procesal de contradicción del art. 24 CE. El TC se refiere a “acta sucinta”: que el acta, como reflejo procesal del derecho del menor a ser oído y escuchado, **solo ha de plasmar las declaraciones que sean “estrictamente relevantes para la decisión del expediente”**, de conformidad con el principio de contradicción.

Para concluir me permito destacar, lamentar más bien, que existe una clara deficiencia legislativa a la hora de regular el derecho del menor a ser oído y escuchado, lo cual provoca una inseguridad jurídica que – paradójicamente – es absolutamente contraria a su interés superior. Ello genera la impresión de que legislar en protección del menor solo interesa cuando ello se proyecta hacia el exterior, y no en relación con la concreta praxis judicial, que tiende a pasar más desapercibida. **De esta manera, si existe una verdadera voluntad de proteger al menor, la actuación legislativa no puede detenerse en las capas superficiales de este derecho.**

“ Yo personalmente he optado por esta última fórmula. Lo hago con apoyo en la destacada STC 64/2019 (RTC 2019\64) de 4 de mayo que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 18.2.4 de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria”

La objeción de conciencia farmacéutica y la posible vulneración de los derechos de las y los pacientes



Ane Fadrique Blanco

Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Irún

Introducción

Ante el silencio de una ley estatal, algunas Comunidades Autónomas han optado por regular el derecho de las y los profesionales farmacéuticos –junto a otros profesionales sanitarios y socio-sanitarios– a la objeción de conciencia, originándose una situación de desigualdad entre los distintos territorios. De este modo, la falta de regulación homogénea, junto a los últimos pronunciamientos emitidos por parte de nuestro Tribunal Constitucional, exigen efectuar una reflexión acerca de la libertad ideológica y religiosa y, en particular, sobre el derecho a la objeción de conciencia, cuestionándonos si la misma se acomoda a la doctrina emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como punto de partida cabe definir la atención farmacéutica como la obligación que recae sobre los poderes públicos de facilitar, de modo inmediato, en todo momento y en cualquier parte del territorio, el acceso de los ciudadano/as a los medicamentos y demás productos sanitarios en los términos y con los controles establecidos en la normativa vigente¹. Así, pues, se trata de un derecho prestacional vinculado al derecho a

1. CUETO PÉREZ, M., “Ordenación farmacéutica: regulación estatal y autonómica”, Marcial Pons, Madrid, 1998.

la protección de la salud, reconocido en el art. 43 de la Constitución Española, que se materializa, precisamente, a través de las oficinas de farmacia. Las oficinas de farmacia se conceptúan, a su vez, como “establecimientos sanitarios privados de interés público” a los que corresponde en exclusiva la “custodia, conservación y dispensación de medicamentos de uso humano”².

Resulta incuestionable la importante función que la atención farmacéutica cumple dentro del sistema sanitario. Por consiguiente, pese a que el farmacéutico/a ejerce una profesión liberal, se trata de un servicio público; que, en caso de colisión entre sus intereses profesionales o particulares y los intereses públicos de los ciudadano/as, deberían prevalecer estos últimos.

En tal contexto, como sabemos, la objeción de conciencia se presenta como un derecho que permite a los farmacéutico/as no cumplir con sus obligaciones profesionales, cuando éstos entran en conflicto con sus convicciones ideológicas, éticas o morales. Tradicionalmente, tal problemática ha surgido con relación a la negativa de las y los farmacéuticos a dispensar la conocida como “píldora del día después”, que en nuestro país puede ser adquirida sin receta desde el año 2009. Pese al tiempo transcurrido desde entonces, se cuestiona aún si el derecho a la objeción de conciencia ampara o no al farmacéutico/a a no dispensar la píldora postcoital; lo que exige examinar el contenido y el alcance del meritado derecho.

Marco constitucional y europeo

La Constitución Española de 1978 únicamente contempla la objeción de conciencia en lo que respecta a las obligaciones militares (art. 30.2), sin obviar la cláusula de conciencia que recoge el art. 20.1.d) en lo que compete a las y los profesionales de la información.

Sin embargo, en lo concerniente a los profesionales sanitarios y socio-sanitarios, la Carta Magna guarda silencio. Ante ello, son dos las grandes posiciones doctrinales existentes (BARRERO ORTEGA, 2006: 410-418). Por un lado, quienes conciben la objeción de conciencia como un *verdadero derecho fundamental* que deviene de la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE)³. Por otro lado, aquellos que definen la objeción de conciencia más bien como una manifestación concreta y legitimada de la libertad ideológica y religiosa, sin que se trate de un derecho fundamental autónomo.

Analizando los antecedentes normativos en nuestro país, el art. 9 del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, dejó abierta la posibilidad de no realizar la interrupción del embarazo por diferentes motivos, entre los que se encontrarían los de tipo moral, éticos, religiosos o de conciencia.

2. Art. 3.6 del Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

3. En este sentido, argumentan que las libertades ideológica y religiosa garantizan no solo el derecho a tener o no tener las creencias que cada cual estime convenientes; sino, también, el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias.

En la misma línea se dictaron, con posterioridad, distintas leyes autonómicas en materia del derecho a la objeción de conciencia del/de la farmacéutico/a que aquí nos ocupa; entre otras, Galicia, Cantabria o La Rioja. Ello, no obstante, el art. 84 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios fijó la obligación de las farmacias de dispensar los medicamentos reclamados. De este modo, surgió el debate sobre la constitucionalidad de las medidas adoptadas por los parlamentos autonómicos –que, en cierta medida, reconocen el citado derecho de objeción de conciencia de los farmacéuticos- que podía contravenir con la normativa estatal.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, regula en su art. 19 la objeción de conciencia; contemplándola como una decisión individual, sin perjuicio de exigir una manifestación anticipada por escrito. Finalmente, la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia ha acuñado, de un lado, un término legal del derecho a la objeción de conciencia como derecho individual de las y los profesionales sanitarios. De otro lado, desarrolla por primera vez la creación de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la Administración sanitaria para que ésta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir (art. 16). En este sentido, distintas CCAA han regulado los registros profesionales sanitarios objetores de conciencia, en desarrollo a la citada LO 3/2021. A título de ejemplo, cabe citar el Decreto 41/2021, de 29 de julio, de Asturias⁴; el Decreto Ley 13/2021, de 21 de junio, de Cataluña⁵ o el Decreto 225/2021, de 6 de octubre, de la Comunidad de Madrid⁶.

En el plano europeo, es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea la que consagra en su art. 10 el derecho a la objeción de conciencia. Ello, no obstante, únicamente disciplina que deberá ejercitarse “de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”⁷. En connivencia con ello, el TJUE ha reconocido plena competencia a los Estados miembros para organizar sus servicios sanitarios –incluidas las oficinas de farmacia-, así como decidir el grado de protección de la salud pública que pretenden asegurar, siempre y cuando ello respete el Derecho de la Unión con la finalidad de que no se establezcan restricciones injustificadas (SSTJUE, Blanco Pérez y Chao Gómez, 1 de junio de 2010, asuntos C-570/07 y C-571/07, § 43-44, y Susisalo, Tuomaala y Ritala, de 21 de junio de 2012, asunto C-84/11, § 26 a 28).

-
4. Decreto 41/2021, de 29 de julio, por el que se crean y regulan el Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias y la Comisión de Garantía y Evaluación del Principado de Asturias en aplicación de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.
 5. Decreto-ley 13/2021, de 22 de junio, por el que se regula la Comisión de Garantía y Evaluación de Cataluña y el Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia, en desarrollo de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.
 6. Decreto 225/2021, de 6 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se crean y regulan el registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir y la comisión de garantía y evaluación.
 7. El art.10.2 de la Carta de DDFF de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 200, consagra bajo la rúbrica “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” que “se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

Ahora bien, centrándonos en la jurisprudencia del TEDH, la STEDH de fecha 2 de enero de 2001 (caso *Pichon y Sajous c. Francia*) abordó tal problemática. El TEDH desestimó a *limine* el recurso interpuesto por dos farmacéuticos franceses sancionados por negarse a dispensar píldoras anticonceptivas. Concretamente, el TEDH señaló que la libertad de pensamiento, conciencia y religión consagrada en el art. 9 del CEDH no incluía *per se* la posibilidad de oponer motivos de conciencia al cumplimiento de mandatos jurídicos. En este sentido, entendió que, si la legislación nacional francesa no incluía expresamente los motivos de conciencia como justificación al incumplimiento del deber de dispensación, el derecho a la objeción de conciencia no podía invocarse. Y, por consiguiente, resolvió que la sanción impuesta a los dos farmacéuticos no vulneraba el ejercicio del derecho garantizado por el citado art. 9 CEDH.

Jurisprudencia del tribunal constitucional

La jurisprudencia del TC ha evolucionado a lo largo de estos años. En primer lugar, la STC 15/1982, de 23 de abril, señaló que la libertad de conciencia es una concreción del derecho fundamental a la libertad ideológica que nuestra Constitución consagra en su

“[...] afirmó que el personal sanitario podía oponerse por razones de conciencia al aborto y, en consecuencia, a no participar en este tipo de intervenciones”

art. 16, por lo que la objeción de conciencia es básicamente un derecho que deriva de éste. En segundo lugar, la STC 53/1985, de 11 de abril, relativa a la despenalización de la interrupción voluntaria del aborto en determinadas circunstancias, abordó por primera vez la objeción de conciencia de los facultativos sanitarios. Sobre ello, afirmó que el personal sanitario podía oponerse por razones de conciencia al aborto y, en consecuencia, a no participar en este tipo de intervenciones.

Sin embargo, la STC 160/1987, de 27 de octubre, sostuvo que el derecho a la objeción de conciencia no era un derecho fundamental, sino autónomo. De este modo, el TC entendió que la objeción de conciencia no se encontraba amparado por el art. 16 CE, pudiendo ser regulado mediante ley ordinaria. Tal criterio fue, posteriormente, avalada por las SSTC 321/1994, de 28 de noviembre y 55/1996, de 28 de marzo.

Para finalizar, merece especial mención, en el ámbito de la objeción de conciencia farmacéutica que nos ocupa, la STC 145/2015, de 25 de junio. En esta resolución el Tribunal Constitucional amparó, de un lado, a un farmacéutico que expresamente manifestó su voluntad de no disponer y, por tanto, de no dispensar la píldora postcoital, aduciendo sus posibles efectos abortivos. De otro lado, desestimó el recurso interpuesto, en el sentido de considerar que la objeción de conciencia no amparaba al farmacéutico de la venta de preservativos “por razones de conciencia”⁸. Se trataba de un farmacéutico sancionado en el año 2008 por la Delegación Provincial de Salud de Sevilla porque su farmacia

8. El Decreto andaluz infringido era el 104/2001, de 30 de abril, sobre existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos de distribución en Andalucía.

no disponía ni de preservativos ni de píldoras postcoitales (“del día después”). Sobre este último, el TC objetó que la objeción a vender preservativos “queda extramuros del artículo 16 CE”, pues en ese supuesto “ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse” (FJ 6º).

Esto es, el Tribunal consideró que el incumplimiento por el demandante de su deber de contar en su farmacia con el «mínimo de existencias establecido normativamente» no puso «en peligro» el derecho de la mujer «a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente», en tanto contenido específico de su derecho a la salud sexual y reproductiva.

Sin embargo, se emitieron tres votos particulares a la opinión mayoritaria reflejada en la citada resolución. Los dos votos discrepantes –de la vicepresidenta Adela Asua y otro compartido de los magistrados Fernando Valdés y Juan Antonio Xiol– sostienen que el amparo debería haber sido desestimado. La magistrada Adela Asua asevera que el derecho a la objeción de conciencia no debe ser considerado como parte del contenido del derecho a la libertad ideológica. Considera, así, que la sentencia no se ajusta a la jurisprudencia del TEDH –analizada *ut supra*– y apunta a los riesgos que puede traer consigo “los supuestos afectados por la negativa a cumplir el correspondiente deber jurídico apelando al derecho a la objeción de conciencia, conformado a voluntad de quien esgrime la objeción, sin necesidad de una previsión legal al respecto”.



Conclusiones

Llegados a este punto, de la normativa y jurisprudencia examinada, cabe alcanzar las siguientes conclusiones.

“ La objeción de conciencia no se conforma como derecho fundamental; sino como un derecho de configuración legal”

La objeción de conciencia no se conforma como derecho fundamental; sino como un derecho de configuración legal;

La objeción de conciencia, pese a no tratarse estrictamente de un derecho fundamental, se configura como una especificación del derecho a la libertad ideológica;

Su ejercicio requiere de una regulación previa;

El ejercicio de tal derecho, en cuanto excepción a un deber, requiere de una manifestación previa al respecto y expresa declaración de exención.

Es un derecho predicable exclusivamente por parte del personal sanitario del que se pretenda que actúe de una manera directa en la realización del acto respecto del que se

objeta⁹. A título de ejemplo, desde una perspectiva constitucional, no parece haber duda de que no cabría admitir la objeción de conciencia respecto de un/a celador/a encargado de trasladar a un paciente de un sitio a otro o respecto de profesionales de laboratorio encargados de hacer análisis o placas.

La objeción de conciencia ampara al objetor/a, tanto respecto a decisiones administrativas como frente a decisiones judiciales.

No obstante, lo anterior, lo cierto es que nos encontramos ante un escenario de falta de regulación homogénea entre las CCAA, sin que exista una ley estatal que delimite el reconocimiento y ejercicio de la objeción de conciencia, con los consiguientes problemas que ello origina en cuanto a la seguridad jurídica de los profesionales y de los propios ciudadano/as.

Como sabemos, la confrontación de derechos fundamentales exige someter los mismos a un *juicio de proporcionalidad*; de modo que, realizando una prudente ponderación de los distintos elementos e intereses en liza, se pueda concluir qué derecho fundamental debe prevalecer en cada caso concreto.

Ahora bien, ante el problema planteado, desde mi humilde opinión, no cabe defender la objeción de conciencia de farmacéutico/as –que, no olvidemos, son parte de la configuración del sistema sanitario de nuestro país–; de tal manera que remitan a mujeres en busca de la pastilla postcoital a otra farmacia, sin atender a su situación de urgencia y necesidad, tal y como el Tribunal Constitucional falló. La píldora postcoital no tiene efecto abortivo; sino que cumple con la finalidad de evitar un posible embarazo. Recordemos que el farmacéutico se negó a dispensar la misma aludiendo a sus posibles efectos abortivos. Sin embargo, siendo que tanto el preservativo como la píldora postcoital carecen de efectos abortivos, no existe ley alguna que habilite al farmacéutico/a a oponerse a su venta. Esto es, no existe dispensa legal y, en consecuencia, no procede entrar a realizar el juicio de ponderación anteriormente aludido.

En este punto, debe distinguirse, también, entre la participación directa del médico/a y la indirecta del farmacéutico/a en lo concerniente al titular del derecho para el ejercicio de la objeción de conciencia. La interrupción de la vida dependerá, en su caso, del médico; pero en ningún caso del farmacéutico/a; por lo que la conciencia no se ve compelida de igual forma¹⁰.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, sería aconsejable la regulación de una ley estatal, que se acomodase a la doctrina emanada por el TEDH. Éste ha indicado que la inclusión de la objeción de conciencia en el art. 9 CEDH supone para las autoridades nacionales un deber de regular e implementar un procedimiento administrativo que permita valorar las pretensiones de los sujetos al respecto y acceder a uno alternativo; ya que, de lo contrario, se estaría ante un sistema en el que no se logra “un justo equilibrio entre el interés de la sociedad en su conjunto y el de los objetores de conciencia” (STEDH, asunto Bayatyan c. Armenia, \$100, 123 y 128).

9. Véase, a este respecto, la sentencia dictada por el TSJ de Baleares, de 13 de febrero de 1998, que se refiere a “intervención enderezada causalmente a conseguir, sea con actos de eficacia directa, sea de colaboración finalista, según el cometido asignado a cada cual, el resultado que la conciencia del objetor rechaza”.

10. DE MIGUEL BERIAIN, I.: “La píldora poscoital carece de efecto abortivo, la venta de anticonceptivos tiene carácter neutral, no tiene implicaciones de conciencia en relación con la protección de la vida humana”.

Como se señalaba anteriormente, el Tribunal de Estrasburgo concibe la objeción de conciencia como un derecho subjetivo individual conectado con la libertad de pensamiento; pero que, sin embargo y, a diferencia de otras conductas subsumibles en el art. 9 CEDH, puede ceder muy fácilmente cuando entra en conflicto con derechos de terceros.

En conclusión, en mi opinión, la construcción legal y jurisprudencial de la objeción de conciencia en el ámbito farmacéutico debe fundamentarse, inexorablemente, desde la protección del derecho a la salud de los ciudadano/as. Y, en particular, en lo que respecta a la dispensación de los métodos anticonceptivos de emergencia -como es la píldora postcoital-, debe tenerse en cuenta la dimensión sexual y reproductiva de la mujer, condicionada a la inmediatez y a la emergencia de la situación que en ese momento se vive.

Es decir, no debemos obviar que, antes que un derecho social, se trata de un derecho ligado necesariamente con la realización del principio de dignidad humana y de libre desarrollo de la personalidad (ACOSTA, 2002), cuya satisfacción requiere necesariamente de la intervención urgente del poder público y, eventualmente de los sujetos privados responsabilizados por la norma de la materialización concreta de la prestación, como ocurre con los farmacéuticos y farmacéuticas (GAVARA, 2010).

La actividad farmacéutica no puede entenderse desvinculada de la atención sanitaria, de ahí que la dispensa de medicamentos se defina como un servicio básico a la población (art. 1.1 LSOF) cuyas condiciones deben ser determinadas por la legislación y la Administración competente. Por consiguiente, corresponde a éstas fijar las condiciones y presupuestos de su conservación, custodia y dispensación, y al farmacéutico/a sujeto individual. Corresponde a la Administración Pública, como garante del derecho a la salud contemplado en el art. 43 CE, garantizar tal derecho a la población. En sentido contrario, reconocer a los titulares de las oficinas de farmacia la posibilidad de alterar esta previsión supondría vulnerar los mandatos constitucionales (arts. 43 y 9.1 CE).

En suma, frente a la conclusión del Tribunal Constitucional, el acceso efectivo de la paciente a los anticonceptivos de emergencia en tiempo, forma y sin sufrir perjuicio -y mucho menos un trato discriminatorio o que resulte lesivo para su dignidad, en connivencia con las pautas de interpretación fijadas por el TEDH, que puede suponer una doble discriminación para la mujer; en clave de perspectiva de género- debería constituir un límite absoluto a la objeción de conciencia farmacéutica, esté o no reconocido normativamente.

En definitiva, resulta irrazonable, y hasta cierto punto anacrónico, que el Tribunal Constitucional permita el sacrificio del derecho de la paciente por el hecho de demandar un concreto medicamento y no otro. La satisfacción de la prestación sanitaria demandada en tiempo y forma debería resultar un límite inquebrantable.

“ [...] resulta irrazonable, y hasta cierto punto anacrónico, que el Tribunal Constitucional permita el sacrificio del derecho de la paciente por el hecho de demandar un concreto medicamento y no otro. La satisfacción de la prestación sanitaria demandada en tiempo y forma debería resultar un límite inquebrantable”

La insolvencia procesal del deudor. Una propuesta para la agilización de la ejecución civil



Ignacio Martin Verona

Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Valladolid

En enero del año 2014 se procedió a una revisión de los procedimientos en trámite dentro del tipo de Ejecución de Títulos Judiciales por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valladolid, del que soy magistrado titular, registrados en los años 2021 y 2022.

La intención de este trabajo es determinar el porcentaje aproximado que sobre el total de procedimientos de ejecución en trámite representan los que se siguen frente a deudores respecto de los que consta la inexistencia de recursos económicos en virtud de la información obtenida a través de la consulta en el Punto Neutro Judicial; el perfil de esos deudores frente a los que se ha seguido la ejecución pese a tal información patrimonial negativa; así como la actividad desplegada por los acreedores a los fines de mantener viva la ejecución o hasta que decayó provisionalmente por caducidad.

Esta somera investigación tiene como finalidad hacer un diagnóstico del volumen de trabajo que representa este tipo de procedimientos de ejecución, que pueden calificarse como estériles pues se mantienen en el tiempo frente a deudores sin capacidad económica para afrontar el pago de la deuda que se les reclama y cuya insolvencia resulta evidente, para tratar de buscar soluciones en aras de aliviar la carga que con-

lleva su tramitación en unas oficinas judiciales que en la jurisdicción civil y en fase de ejecución sufren una progresiva sobrecarga de trabajo.

El estudio de las actuaciones se extendió a los 100 primeros procedimientos incoados cada año, con el resultado de que 36 asuntos registrados en el año 2021, y 31 en el año 2022 correspondían a un perfil de deudores sin medios de pago.

De los 31 asuntos en trámite del año 2022, 20 se han seguido tramitando tras obtener un primer resultado negativo una vez practicada la averiguación patrimonial ante el PNJ. Y otros 11 se han archivado por sobreseimiento provisional ante la inactividad de la acreedora.

De los 36 asuntos correspondientes al año 2021, 34 se encontraban en la primera situación, y 2 se habían archivado provisionalmente.

Cuando se realizó el estudio (entre los meses de enero y febrero de 2024), los asuntos llevaban en trámite al menos desde el mes de febrero del año 2022, lo que implica, en los más recientes, dos años desde su incoación.

Como deudores sin medios de pago, se han identificado cuatro grupos y con el siguiente resultado:

Deudores que aparecen como perceptores de algún tipo de subsidio o prestación inembargable y carecen de saldos en cuentas bancarias u otros bienes.

Año 2021: 15

Año 2022: 9

Deudores con rentas de trabajo por debajo del umbral mínimo de embargabilidad;

Año 2021: 4

Año 2022: 1

Deudores respecto de los que no constan bienes o saldos ni perciben prestaciones / subsidios.

Año 2021: 13

Año 2022: 19

Y un último subgrupo, en el que se han incluido aquellos supuestos en que se está siguiendo la ejecución respecto a deudores cuyos ingresos superan el límite de embargabilidad, pero soportan otras deudas, cuyo volumen total evidencia una desproporción que hace ineficaz la ejecución en un plazo razonable.

Año 2021: 4

Año 2022: 2

En cuanto a los deudores con ingresos acreditados, ya sea producto de su trabajo o como perceptores de algún tipo de subsidio o prestación pública, resulta revelador que su situación económica no había experimentado ninguna variación desde el inicio de la ejecución tras la primera averiguación patrimonial mediante la que se constató la inembargabilidad de la nómina, subsidio o prestación y la carencia de saldos bancarios u otros bienes.

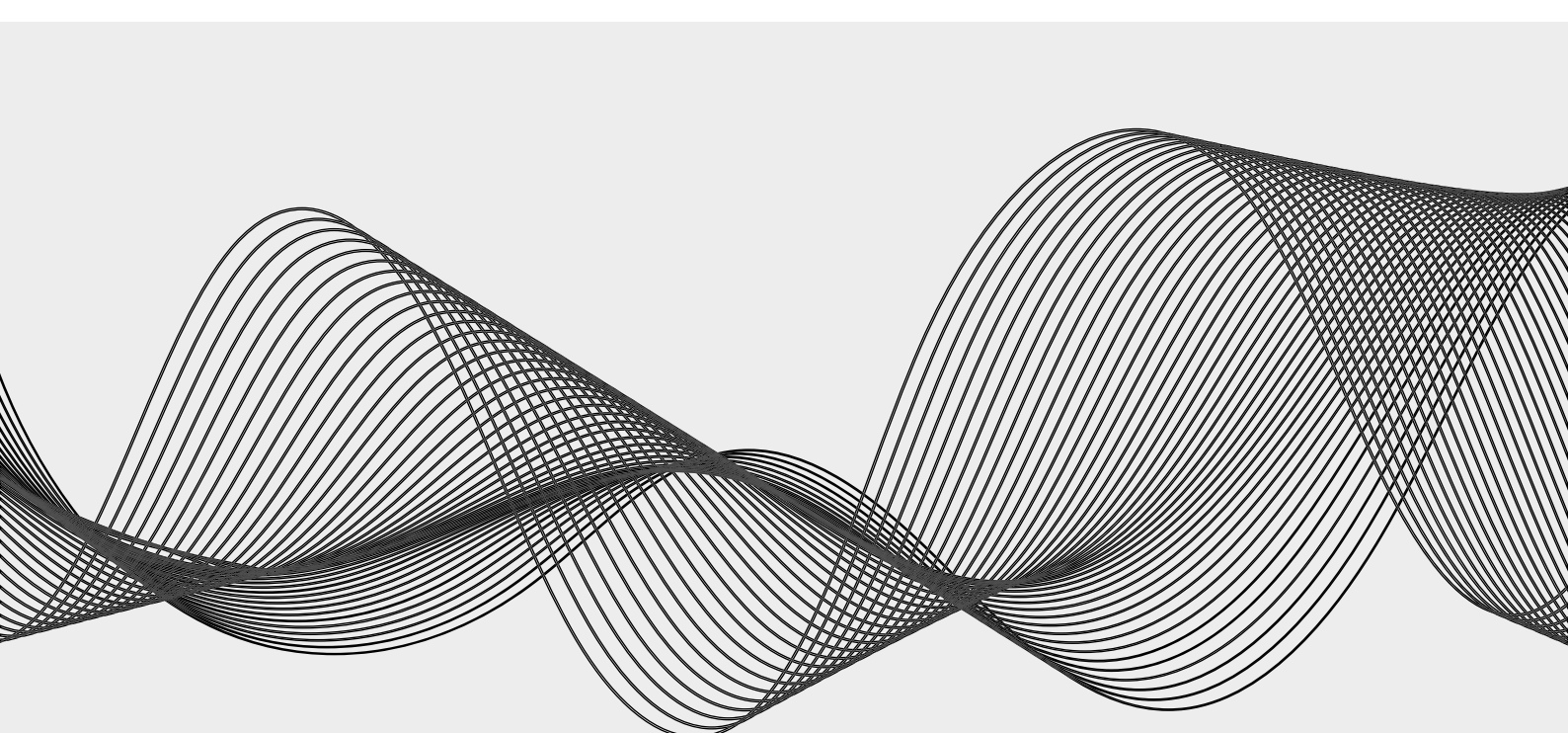
En cuanto a la naturaleza de los actos de ejecución, consistieron en reiterar las averiguaciones patrimoniales y la presentación de escritos mediante los que se interesan diligencias de traba como el embargo de saldos y devoluciones tributarias de la AEAT ó mejoras de embargo, así como otras actuaciones de carácter procesal como son los intentos de notificación del auto de despacho de ejecución (que la situación personal del deudor suele dificultar) o la sucesión procesal de las cesionarias de crédito en operaciones de transmisión de cartera entre acreedoras.

Al margen de lo que se dirá respecto a los deudores en situación de insuficiencia patrimonial (cuarto grupo de los arriba identificados), lo que evidencia el estudio de las actuaciones es que la inexistencia de recursos económicos se constata desde el inicio del procedimiento de ejecución y se refiere a deudores con un perfil que hace previsible que tal situación no va a mejorar permitiendo satisfacer las expectativas de cobro de los acreedores, tanto por su fuente de ingresos (una prestación o subsidio que en el mejor de los casos se actualiza conforme al IPC anual, o se encuentran inmersos en el ámbito de la economía sumergida), la cualificación profesional (perceptores de rentas de trabajo por debajo del nivel mínimo de embargabilidad) y la carencia de saldos bancarios u otros bienes.

El derecho al cobro de los acreedores

El art.º 239 Lec excluye la caducidad en los procedimientos en ejecución, cuyas actuaciones se podrán seguir hasta obtener el cumplimiento de lo juzgado, lo que, conforme al art.º 570 Lec sólo se producirá cuando se obtenga la completa satisfacción del acreedor.

La doctrina del Tribunal Supremo (STS nº 21/2020 del 20 de enero de 2020) rechaza que, excluida la caducidad en la fase de ejecución, pueda apreciarse la prescripción o el retraso desleal/ abuso en el ejercicio de derecho al cobro del acreedor.



Así, en cuanto al abuso de derecho, ha declarado que no concurre cuando el prestamista intenta reintegrarse su crédito ante la actitud incumplidora de los prestatarios y cuando el ánimo que le guía en la reclamación no es perjudicar a la contraparte sin propio beneficio, sino simplemente ejercer su derecho, y dado que el abuso de derecho es una institución de equidad que se caracteriza por un elemento objetivo, cual es el exceso en el ejercicio de un derecho o utilización del mismo de un modo anormal y contrario a la convivencia, y por un elemento subjetivo de ausencia de una finalidad seria y legítima y de intención de causar daño (STS. 8-7-87, 27-5-88, 7-2-90, 2-11-90, 11-5-91, 26-2-92, 27-4-94, 11-4-95, 15-3-96, 20-7-96...).

En cuanto al retraso desleal, la sentencia 243/2019, de 24 de abril, declaraba que no se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán (sentencia de 16 de diciembre de 1991, rc. 143/1990).

“Para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibile -declaraba el Tribunal- es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 CC) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular, se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica” (sentencias 352/2010, de 7 de junio, 299/2012, de 15 de junio, 163/2015, de 1 de abril, y 148/2017, de 2 de marzo).

“ La incidencia del paso del tiempo durante la fase de ejecución a los fines de justificar un archivo de las actuaciones por prescripción ha dado lugar a distintas respuestas en la jurisprudencia”

Es decir, sólo sería dable apreciar retraso desleal si concurren actos propios de la acreedora que hayan generado en el deudor una confianza razonable acerca de la no reclamación del crédito, lo que sólo puede surgir de actos propios e inequívocos del acreedor (STS 1 de abril de 2015 y nº 399/2012, de 15 de junio de 2012).

La incidencia del paso del tiempo durante la fase de ejecución a los fines de justificar un archivo de las actuaciones por prescripción ha dado lugar a distintas respuestas en la jurisprudencia.

Se trata de supuestos en los que el acreedor ha dejado transcurrir un período de tiempo superior al previsto para la prescripción de las acciones personales sin efectuar ningún tipo de actuación judicial y transcurrido ese plazo, tras el archivo provisional, se solicita la reanudación de las actuaciones, habitualmente tras operarse una cesión de crédito a favor de tercero.

En cuanto a la posibilidad de apreciar la prescripción de la acción pendiente el proceso de ejecución, un sector de las Audiencias Provinciales la rechaza en base a los siguientes argumentos: la presentación de demanda interrumpe la prescripción (art. 1973 CC); no pueden prescribir las acciones ya ejercitadas en un proceso civil; la suspensión del curso de los autos tiene como efecto previsto la caducidad de la instancia, no la prescripción, y una vez ésta declarada empezará a correr de nuevo el tiempo para la prescripción;

la previsión legal del impulso procesal de oficio (art. 179.1 Lec); y la imposibilidad de apreciarla de oficio. (AAP Madrid, Sec. 11ª, de fecha 1 de marzo de 2019; AAP Asturias, Sec. 1, de 18 de enero de 2023).

Otras Audiencias Provinciales admiten la aplicación de la prescripción, en virtud del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9 de la Constitución Española, sin que exista base legal alguna que permita dejar a la exclusiva voluntad de la parte favorecida el cumplimiento de lo decidido judicialmente de una manera indefinida en el tiempo. (SAP de Madrid 6020/05, de 23 de mayo de 2005; AAP Alicante 86/2019, Sección 4ª, de 3 de abril de 2019; AAP Barcelona 1140/19, Sección 1ª, de 19 de marzo de 2019).

El obstáculo que representa la apreciación de oficio del instituto de la prescripción se ha salvado configurando el trascurso del plazo de prescripción como elemento de valoración de la concurrencia de retraso desleal en la ejecución.

Así, la SAP Valencia Sec. 6ª, de 23 de enero de 2023, declaraba “que el ejecutante, con su inacción, ha dejado prescribir su derecho y era plenamente consciente y conocedor de esa circunstancia, siendo esa forma de proceder la que justifica la aplicación de la doctrina del retraso desleal en el ejercicio del derecho pues con su proceder ha generado en el ejecutado la expectativa de que la deuda ya no le sería reclamada... Es decir, que en definitiva la consecuencia de no poder continuar con el proceso sería ya imputable en exclusiva a la propia parte ejecutante, que debió proceder de forma diligente no dejando prescribir su derecho (para lo que hubiese bastado, por ejemplo, con un mero escrito de averiguación patrimonial)”.

Tras referirse a que no cabe amparar una cultura jurídica contraria a la diligencia en el ejercicio de los propios derechos, señala otros dos factores que justifican la aplicación de la doctrina del retraso desleal: el hecho de que el consumidor se encuentra en una posición más débil y compleja que la acreedora para poder hacer valer su derecho, lo que demanda una intervención reforzada por el Tribunal al amparo de la Directiva 93/13/CEE, y la posible indefensión que se podría generar al ejecutado para poder hacer valer la prescripción operada respecto a la deuda reclamada, dado que la posibilidad de oponerse a la ejecución en procedimientos antiguos concluyó hace años.

En apoyo de esta interpretación, invoca otras resoluciones de Audiencias Provinciales, como los autos de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 315/18 de 24 de octubre de 2018 y nº 396/18 de 21 de diciembre de 2018, que entendieron que el transcurso del tiempo establecido en la ley para apreciar la prescripción de la acción puede ser interpretado como una clara y evidente renuncia a la misma, de modo que, encontrándose paralizado el procedimiento durante más de 5 años, permite presumir en la parte ejecutada la razonable consideración de que el derecho ya no le sería reclamado porque la acción se hallaba formalmente prescrita. (En el mismo sentido, auto nº 157/18 de 21 de junio de 2018, sección 17, de la Audiencia Provincial de Barcelona).

En las resoluciones expresadas, se efectúa una valoración de la conducta del acreedor, desde la perspectiva del ejercicio diligente del derecho y la buena fe procesal cuando se ha excedido el plazo de prescripción de la acción durante la tramitación del procedimiento de ejecución y que, de negarse la posibilidad de archivo, debería dar lugar, cuando menos, a una moderación en el devengo de intereses.

Lo que cabe plantearse es si resulta razonable mantener en vigor un procedimiento de ejecución activándolo indefinidamente mediante la práctica de diligencias rutinarias, ya sea dentro del plazo de cinco años o sin límite de tiempo, pese a constar que el deudor carece palmariamente de bienes o derechos con los que satisfacer el legítimo derecho al cobro del acreedor.

Parece evidente que si no se ha instado la solicitud de concurso durante los dos años que -como mínimo- se ha mantenido vivo el procedimiento de ejecución sin modificación de la situación de carencia o insuficiencia patrimonial de deudora, es porque se trata de deudores que o bien se encuentran en el ámbito de la economía sumergida o carecen de posibilidades de acceso al crédito, dado que la propia reforma de la ley Concursal operada en virtud de la ley 16/2022 de 5 de septiembre, expresa que el concurso persigue la recuperación del concursado para la vida económica evitando que se mantenga en situaciones de economía sumergida.

Para conciliar el derecho al legítimo al cobro del acreedor y la necesaria eficiencia procesal, cabe plantear una alternativa de archivo de las actuaciones en atención a la manifiesta carencia de bienes del deudor, apreciándose en fase de ejecución por el órgano judicial una insolvencia con efectos limitados a la jurisdicción civil.

Este mecanismo se aplica ya en el procedimiento laboral, previéndose en el art.º 276 TRLPL la posibilidad de que el LAJ pueda declarar la insolvencia empresarial, pudiéndose estimar su pervivencia en otros procedimientos sin necesidad de reiterar la práctica de diligencias de averiguación patrimonial, sin perjuicio de que la acreedora o el Fondo de Garantía Salarial pueda señalar la existencia de nuevos bienes en el seno de dichos procedimientos a los que cabe extender los efectos de la declaración de insolvencia.

Del mismo modo, el LAJ en el procedimiento de ejecución civil dispone de información patrimonial suficiente para apreciar la concurrencia de una situación de insolvencia, que la acreedora puede desvirtuar aportando la información acerca de la disponibilidad de bienes o derechos por el deudor.

La dinámica de mantener vivas una actuaciones judiciales mediante solicitudes de averiguación patrimonial rutinarias, no se ajusta a las previsiones del art.º 590 Lec, que exige al ejecutante expresar sucintamente las razones por las que estime que las entidades, organismos, registros o personas a las que se refiere el requerimiento de información dispone de datos sobre el patrimonio del ejecutado.

Y la posibilidad de apreciar la insolvencia a los limitados efectos de archivar el procedimiento de ejecución a salvo de la aparición de nuevos bienes o derechos del acreedor, tampoco contraviene el régimen previsto en el art.º 589.1 Lec, que regula el requerimiento al deudor para designación de bienes practicada de oficio por el LAJ cuando el acreedor no lo haga.

“ Para conciliar el derecho al legítimo al cobro del acreedor y la necesaria eficiencia procesal, cabe plantear una alternativa de archivo de las actuaciones en atención a la manifiesta carencia de bienes del deudor [...]”

Así, ese deber que se impone al LAJ se cumpliría con la primera averiguación ante el Punto Neutro Judicial, y una vez constatada la actual situación de inexistencia de bienes y derechos, se podría acordar tal archivo sin necesidad de esperar a que el deudor inste el concurso.

Precisamente, el art.º 589.3 Lec prevé, tras la reforma operada en virtud de las Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que se advierta al deudor por el LAJ, “en caso de insolvencia, de insolvencia inminente o de insolvencia actual” la posibilidad de comunicar el inicio de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración y el deber de solicitar el concurso si se aprecia una situación de insolvencia actual.

Parece razonable que si la ley reconoce al LAJ esa facultad de apreciación de la situación de insolvencia actual o futura del deudor que debería conllevar la tramitación de un eventual concurso o el inicio de negociaciones con los acreedores, aun cuando no le conste que exista una pluralidad de ellos que justificaría la puesta en marcha de tales mecanismos legales(art.º 3.1 LC), igualmente podrá apreciar la situación de insolvencia para evitar mantener una ejecución inútil y costosa frente a un deudor que carece manifiestamente de recursos económicos.

Así mismo, la puesta en marcha de registros de deudores civiles insolventes, aquellos respecto de las cuales se haya adoptado una decisión de archivo de ejecución por insolvencia, podría agilizar los trámites procesales al disponer los órganos judiciales de datos económicos referidos a un mismo deudor sin que fuera preciso practicar la inicial averiguación patrimonial.

Por último, la tutela del derecho al cobro del acreedor debería garantizarse mediante la posibilidad de un control judicial de la decisión de archivo por insolvencia por vía de recurso, y en todo caso, como se ha dicho, quedando a salvo la posibilidad de investigación patrimonial a instancias del acreedor designando bienes justificadamente por la vía del art.º 590 Lec.

Accede a todas **nuestras publicaciones** a través de la web



Juezas y Jueces
para la **Democracia**

[Inicio](#) [Asociación](#) [Actividades](#) [Actualidad](#) [Informes](#) [Publicaciones](#) [Buzón del juez/a](#) [Blogs](#) [Contacto](#)

[Acceso área restringida](#) [Rincón del opositor/a](#)

Legitimación democrática del Poder Judicial
Reclamamos todos aquellos medios complementarios que lleven a la legitimación democrática del Poder Judicial.

