

¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados?

Francisco Ramos Romeu

Universidad Autónoma de Barcelona

385

Abstract*

La mayor parte de la doctrina cree que un efecto fundamental de la introducción o facilitación de la ejecución provisional de sentencias por parte del legislador es el de reducir el número de recursos injustificados, es decir, recursos que tienen muy pocas probabilidades de prosperar, que interponen los demandados condenados por una variedad de motivos. En este trabajo se pone de relieve que, no sólo el problema de los recursos injustificados por los motivos que dice la doctrina es posiblemente marginal en la práctica, sino que, además, la ejecución provisional tiene un efecto neutro sobre la decisión del demandado de interponer un recurso. Esta conclusión se verifica con el estudio de la tasa de apelación y la tasa de confirmación de sentencias de instancia antes y después de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. ¿Por qué se supone que la ejecución provisional reduce los recursos injustificados?**
 - 2.1. Teorías de los efectos de la ejecución provisional sobre los recursos injustificados**
 - 2.2. Importancia práctica de las teorías de los efectos de la ejecución provisional sobre los recursos**
- 3. Modelo de los efectos de la ejecución provisional sobre la decisión de recurrir**
 - 3.1. La decisión de recurrir sin ejecución provisional**
 - 3.2. La decisión de recurrir con ejecución provisional**
 - 3.3. Comparación de un escenario sin y con ejecución provisional**
 - 3.4. Los costes de apelación**
 - 3.5. Los costes de la ejecución**
- 4. Análisis de la tasa de apelación y la tasa de confirmación antes y después de la LEC 2000**
 - 4.1. El uso del recurso de apelación**
 - 4.2. Los resultados de los recursos de apelación**
 - 4.3. Otras posibles explicaciones de las estadísticas de la apelación**
 - 4.4. Determinantes de la apelación**
- 5. Conclusiones**
- 6. Anexo**
- 7. Bibliografía**

* Profesor Ayudante de la Universidad Autónoma de Barcelona, Doctor Universidad Autónoma de Barcelona 2005, J.S.D. New York University School of Law 2003. Quiero agradecer la ayuda y los comentarios del Prof. Manuel Cachón Cadenas y de un anónimo. Los errores restantes son míos. Para cualquier sugerencia, francisco.ramos@uab.es. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia "La Ejecución Procesal Civil: Aspectos Nacionales e Internacionales" (SEJ2005-08185/JURI)..

1. Introducción

La facilitación de la posibilidad de obtener la ejecución provisional de sentencias, basada principalmente en la innecesiedad de prestar caución para pedirla, ha sido una de las novedades más importantes que introdujo la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8.1.2000) (en adelante, LEC 2000 o, simplemente, LEC). Para el legislador, la reforma era deseable dada la razonable calidad de la “justicia de primera instancia”, que hacía que tuviera que ser raro que se ejecutara una sentencia contra un deudor que en realidad no lo era y, aún más raro, que dicho deudor no pudiera resarcirse de los daños y perjuicios sufridos debido a la insolvencia del acreedor que tampoco lo era¹. Además, el legislador pretendía obtener una serie de efectos importantes con esta institución: en primer lugar, un mayor grado de cumplimiento de los contratos entre las partes; en segundo lugar, una disminución de la duración de los pleitos, en particular, mediante la disminución de los recursos “meramente dilatorios”². La decisión de eliminar el requisito de la caución no ha estado exenta de críticas³.

También la doctrina ha considerado que un efecto fundamental de la ejecución provisional es el de reducir los recursos injustificados. Dice DE LA OLIVA SANTOS (1999), hablando de la ejecución provisional, que “considero altamente probable que sean muy positivos los efectos colaterales de la innovación radical proyectada, como puede ser, principalmente, la disminución de recursos con ánimo exclusivamente, dilatorio”. GARBERÍ LLOBREGAT (2001) avanza que la finalidad de la ejecución provisional es evitar “en lo posible la interposición de recursos temerarios o

¹ Exposición de Motivos de la LEC 2000, Par. XVI. Sin embargo, la Exposición de Motivos no aporta datos, porque no existen, de la tasa de confirmación de sentencias condenatorias. Algunos autores han alegado, también sin datos y basándose en su estimación subjetiva, que la tasa de revocación no es desdeñable. Véase, por ejemplo, SERRA DOMÍNGUEZ (2000, p. 75) y PÉREZ DE LA CRUZ OÑA (2005). En realidad, PASTOR PRIETO (2003, pp. 82-83) aporta datos que demuestran que aproximadamente el 80% de las sentencias de instancia son condenatorias. Si es igual de probable que el recurso afecte a una sentencia condenatoria que desestimatoria, y la probabilidad de que prospere el recurso es también aproximadamente igual, entonces después de los recursos parece que tendríamos que tener un número similar de casos de condena.

En fin, no es difícil apreciar el cálculo económico llevado a cabo por el legislador. Sea p la probabilidad de que se revoque una sentencia condenatoria de instancia, sea Q la cuantía de la condena cuya ejecución provisional se solicita, y por ello Qe la magnitud del daño que se producirá al demandante si no se puede ejecutar la condena, y Qo la magnitud del daño que se producirá al demandado si no se puede revertir la ejecución, y sea q la probabilidad de que cualquiera de las partes sea insolvente. La ejecución provisional es deseable porque $p \times q \times Qo < (1 - p) \times q \times Qe$, principalmente porque p es igual a 0.8.

Respecto de la decisión de eliminar la caución, el legislador debe haber hecho un cálculo similar: eliminar la caución es deseable si los daños que se producen a los demandados derivados de ejecuciones provisionales bajo un sistema sin caución son inferiores a los daños que se causan a los demandantes por la falta de ejecución provisional en un sistema con caución. Dado que la gran mayoría de las demandas se estiman, porque $p = 0.8$, es deseable eliminar la caución. Véase un análisis similar relativo a la caución en materia cautelar en RAMOS ROMEU (2006, pp. 315-316).

² “La presente Ley aspira a un cambio de mentalidad en los pactos y en los pleitos. En los pactos, para acordarlos con ánimo de cumplirlos; en los pleitos, para afrontarlos con la perspectiva de asumir seriamente sus resultados en un horizonte mucho más próximo que el que es hoy habitual”. Y, respecto de lo último, poco antes del párrafo extractado, se decía más claramente: “Este nuevo régimen de la ejecución provisional deparará, a buen seguro, muchos más beneficios directos que perjuicios o casos injustos y serán muy positivos tanto los efectos colaterales de la innovación radical proyectada, como la *disminución de recursos con ánimo exclusivamente dilatorio*”, Exposición de Motivos LEC 2000, Par. XVI. (énfasis añadido).

³ Por ejemplo, PÉREZ DE LA CRUZ OÑA (2005) y SEBASTIÁN OTONES (2001). HERRANZ GONZÁLEZ (2002) también critica que el deudor deba otorgar una fianza para que se suspenda la ejecución provisional.

infundados"⁴. De forma menos directa, MUERZA ESPARZA (2000) afirma, en referencia a la ejecución provisional también, que nadie pone en duda que "un sistema procesal avanzado debe arbitrar medios para evitar que el deudor condenado utilice los recursos con la única finalidad de alargar el proceso y, en consecuencia, retrasar la ejecución". Son muchos otros los autores que sostienen posturas similares⁵. Son pocos los que consideran que dicho efecto es inexistente⁶.

Desde un punto de vista empírico, no es difícil encontrar entre los autores multitud, quizá la mayoría, que consideran que es frecuente este comportamiento estratégico de recurrir para dilatar el procedimiento por parte del condenado, tanto entre abogados⁷, como magistrados⁸, oficiales de justicia⁹ e, incluso, teóricos del análisis económico del derecho¹⁰. Otros, en cambio, consideran que dicho comportamiento estratégico es, en realidad, infrecuente, motivo por el cual facilitar la ejecución provisional sólo para disminuir el número de recursos es indeseable¹¹. No se suele precisar si dicho comportamiento se da sólo bajo un sistema legal en que no existe la posibilidad de ejecución provisional, si no se da cuando existe la posibilidad de ejecutar provisionalmente, o se da en los dos, aunque en diferente medida. Es más, no existe en la literatura procesal o socio-jurídica un estudio empírico bien hecho de cuán frecuente es este comportamiento en la realidad, lo que obviamente sería deseable conocer. No hay que descartar que se trate de un comportamiento imposible o muy difícil de medir.

⁴ El autor añade que se trata también de evitar que la insolvencia del deudor durante la tramitación del recurso impida la ejecución definitiva.

⁵ DÍAZ MARTÍN (1999) dice que "la finalidad propia de este instituto es conseguir la eficacia inmediata de la resolución judicial, y al propio tiempo evitar la utilización de los recursos como táctica meramente dilatoria." SEBASTIÁN OTONES (2001) postula que el fin de esta institución es "evitar la interposición de recursos cuya única finalidad sea dilatar la ejecución forzosa de dicha sentencia". VELÁZQUEZ MARTÍN (2001) afirma que la ejecución provisional pretende "evitar así las consecuencias de la dilatada duración de un proceso o la utilización abusiva de recursos." ORTIZ MARTÍNEZ Y FERNÁNDEZ ROS (2002) consideran que, aunque de manera indirecta, se consigue "la disminución de recursos con ánimo exclusivamente dilatorio." HERRANZ GONZÁLEZ (2002) afirma que "entre los beneficios que la renovada ejecución provisional va a proporcionar se prevén el acercamiento en el tiempo de la Justicia al justiciable y la evitación de los recursos con ánimo exclusivamente dilatorio." PÉREZ DE LA CRUZ OÑA (2005) dice que "si el litigante condenado barrunta en su fuero interno que su pretensión procesal es impertinente, desistirá de sustentarla en ulteriores instancias, cuando sabe que ese intento no le supone ya la ventaja de retrasar su ejecución." De forma menos directa quizá, MAGRO SERVET (2001) apunta que la facilitación de la ejecución provisional en la nueva LEC va a "resolver" el problema de la protección que otorgaba al deudor condenado la posibilidad de apelar la sentencia.

⁶ Véase CABALLO ANGELATS (2000, pp. 30-31), que dice, en referencia a la ejecución provisional, que "parece claro que su aplicación práctica no conlleva la reducción del número de recursos".

⁷ Por ejemplo, PÉREZ GORDO (1973, p. 16): "El que el legislador autorice la ejecución de una sentencia sujeta a impugnación o recurso, es digno de elogio frente a los que, por desgracia frecuentes, litigantes de mala fe, que, conscientes de la casi imposibilidad del éxito de su impugnación, agotan todo el sistema de recursos previstos en la ley". MARTÍ MARTÍ (2002) afirma que "pueden darse, y de hecho se dan, diversos supuestos en los que el recurso de apelación se ha planteado como un acontecimiento que se daba por sentado por en el que sus únicos efectos son los de dilatar al máximo la entrega de la posesión."

⁸ Por ejemplo, GARCÍA CASAS (2001, p. 38) indica, en su condición de magistrado de Audiencia Provincial, por su experiencia, que "el verdadero fundamento del instituto que estudiamos, se encuentra en la función preventiva que trata de frenar la utilización fraudulenta y dilatoria del sistema de recursos". Véanse también pp. 34, 39 y 53.

⁹ Por ejemplo, ORTIZ MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ ROS (2002) dicen que "la experiencia aporta que en gran número de casos la apelación no es por motivos de justicia sino para evitar el cumplimiento de la sentencia."

¹⁰ Véase PASTOR PRIETO (2003, p. 90).

¹¹ Véase, por ejemplo, MOZO MUELAS (1989) y FERREIRO BAAMONDE (2001, pp. 296-297).

En cualquier caso, parece que existe acuerdo prácticamente unánime entre los autores de que, desde la entrada en vigor de la LEC 2000, los demandantes vencedores han utilizado con mayor frecuencia la ejecución provisional que bajo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 (Gaceta de Madrid de 5 a 22 de febrero de 1881; en adelante, LEC 1881)¹². Es más, incluso existen autores que consideran que la LEC 2000 ya ha producido un efecto beneficioso reduciendo la tasa de apelación. Por ejemplo, GARCÍA CASAS (2001, p. 53) avanzaba, después de 9 meses de vigencia de la LEC 2000, que “la aplicación de la Nueva Ley está dando ya espléndidos e inmediatos frutos. Los Juzgados de Primera Instancia (...) se están dando cuenta (...) de que gran parte de sus recelos, eran infundados, porque el litigante comienza a creer en la calidad de las sentencias de primera instancia, ante los innumerables casos de ejecución provisional solicitados, evitando así que el recurso de apelación esté en manos de furtivos francotiradores.” Por su parte, DAMIÁN MORENO (2003), dos años después, afirmaba que “la experiencia de estos años ha venido demostrando que favoreciendo la inmediata ejecutabilidad de las sentencias dictadas en primera instancia se evita la interposición de recursos con manifiesto ánimo dilatorio”¹³. Estas afirmaciones, sin embargo, se hacen sin aportar ningún dato objetivo y se basan, meramente, en la experiencia subjetiva de cada autor. Otros autores, los menos, han sido mucho más cautos¹⁴.

Ahora bien, mientras que no es difícil imaginar que la posibilidad de obtener la ejecución provisional de una sentencia puede conllevar un mayor grado de cumplimiento con los contratos privados, puesto que cualquier mejora en la efectividad de la justicia aumenta la capacidad disuasoria de dicha institución, lo que incentiva el cumplimiento (SHAVELL, 2004, p. 415), el segundo efecto que pretendía la ley y la doctrina es más controvertido desde un punto de vista teórico y práctico. En efecto, como se verá, no sólo no está claro que, después de cinco años de funcionamiento de la LEC 2000, hayan disminuido los recursos “meramente dilatorios”, es decir, recursos que no pueden prosperar pero que se interponen para ganar tiempo, sino que, incluso teóricamente, no se ve por qué el deudor va a dejar de interponer un recurso, si ésta es la única vía que tiene para minimizar el revés que ha sufrido con la sentencia. La doctrina nacional ya ha advertido que sería necesario un estudio más pormenorizado de los efectos de la ejecución provisional (JIMÉNEZ SAVURIDO y PASTOR PRIETO, 2004, p. 67). Se trata de un tema que la doctrina del análisis económico del derecho norteamericana tampoco ha abordado¹⁵.

El objetivo de este estudio es, pues, colmar dicha laguna y examinar los efectos de la introducción de la ejecución provisional sobre el número de recursos, centrándonos en el caso paradigmático de la ejecución provisional de sentencias de primera instancia y la interposición del recurso de apelación. Con ello se tratará de comprender qué efectos tiene la ejecución provisional sobre la

¹² Por todos, GARBERÍ LLOBREGAT (2001), aunque sin aportar datos empíricos.

¹³ Véase, también, LUNA GUERRERO (1984): “Decimos esto, porque la práctica nos ha enseñado que la admisión de un recurso, generalmente queda truncado por la voluntad unilateral de la parte recurrente, cuando se decreta la ejecución provisional; lo hemos observado en multitud de recursos de casación, que se han tenido por preparados o se han admitido y, decretada por la propia Sala la ejecución provisional de las sentencias a que se refieren, han sido declarados desiertos en el Tribunal Supremo.”

¹⁴ CABALLOL ANGELATS (2000, pp. 23 y 31) consideraba exageradas las expectativas generadas respecto de los efectos de la LEC 2000 sobre el colapso de los tribunales.

¹⁵ No lo abordan los autores al tratar los recursos, sino que se han centrado, sobre todo, en las funciones del recurso, cuándo es deseable un recurso y cómo se debe articular. Véase POSNER (1998, pp. 643-645), COOTER y ULEN (2003, pp. 435-436) y SHAVELL (2004, pp. 456-463).

interposición de recursos y si reduce efectivamente los recursos dilatorios. Ello no quiere decir que la introducción o facilitación de la ejecución provisional no pueda tener otros efectos, pero éstos no serán objeto de análisis aquí. También, al centrarnos en una cuestión positiva, se dejan de lado cuestiones normativas tan importantes como si es deseable que se reduzca el número de recursos y si la ejecución provisional es el mejor mecanismo para atacar los problemas de sobrecarga de trabajo de los tribunales, etc¹⁶.

El esquema de este trabajo es el siguiente. En el apartado 2, se distinguen algunas teorías principales de por qué la ejecución provisional puede reducir los recursos injustificados y se evalúa su importancia práctica. En el apartado 3, se formula un modelo sobre la decisión de recurrir sin y con ejecución provisional para analizar los efectos que lo uno tiene sobre lo otro. En el apartado 4, se examinan algunos datos estadísticos y prácticos de la LEC 1881 y la LEC 2000, además de tratar de distinguir distintos efectos. Adelantando un poco lo que se verá, se concluye que la introducción de la ejecución provisional tiene un efecto neutro sobre la apelación, lo que se demuestra con los propios datos de la evolución del uso y resultados del recurso de apelación durante el periodo 1995-2004 en España, a raíz de la LEC 2000, datos que responden mejor a otros cambios legislativos y judiciales que se han producido durante el mismo período.

2. ¿Por qué se supone que la ejecución provisional reduce los recursos injustificados?

La hipótesis teórica de que la ejecución provisional reduce los recursos injustificados está íntimamente relacionada con la cuestión de por qué el deudor condenado interpone un recurso y, más en concreto, un recurso injustificado. La doctrina no se ha detenido a examinar en detalle cuál es la relación causal que llevaría de la facilitación de la ejecución provisional a la reducción del recurso injustificado, aunque parece que se perfilan dos grandes teorías, a las que añadiremos una tercera que la doctrina normalmente no considera. Veamos cuáles son y cuál es su posible importancia práctica.

2.1. Teorías de los efectos de la ejecución provisional sobre los recursos injustificados

Una primera gran teoría, que llamaremos teoría de la insolvencia o del *periculum in mora*, postula que la ejecución provisional reduce los recursos injustificados porque el demandado condenado, aunque sabe que no tiene razón, sin ejecución provisional busca el recurso para ganar tiempo a fin de poner sus bienes a buen recaudo, cosa que ya no puede hacer cuando exista la ejecución provisional. Sin ejecución provisional, el demandado interpone el recurso y, mientras éste se tramita, hace desaparecer su patrimonio, de forma que cuando se puede ejecutar la sentencia

¹⁶ No hay que olvidar que los recursos son deseables como mecanismo para corregir errores de primera instancia o para mejorar la calidad de la jurisprudencia. Véase una crítica feroz a la ejecución provisional para atajar dichos problemas en MOZO MUELAS (1989). También PÉREZ DE LA CRUZ OÑA (2005). Además, el análisis de los costes administrativos de la justicia en un mundo sin y con ejecución provisional no es tan sencillo como a primera vista se podría pensar. CABALLOL ANGELATS (1993, p. 80) y FERREIRO BAAMONDE (2001, p. 297) constatan que la disminución de trabajo de los tribunales de apelación debido a la ejecución provisional se compensa por el trabajo adicional en los juzgados de primera instancia derivado de la ejecución provisional y su posible reversión, a pesar de que ésta no se vaya a producir siempre.

definitiva, confirmada en vía de recurso, el demandante ya no puede encontrar bienes a nombre del ejecutado. En este escenario, la ejecución provisional incide evitando que el demandado condenado tenga ese tiempo extra para volverse insolvente pues, habiendo perdido una motivación fundamental para recurrir, el demandado desiste de hacerlo¹⁷.

Una segunda gran teoría, que podemos llamar teoría de la rentabilidad, considera que la ejecución provisional reduce los recursos injustificados porque, sin ejecución provisional, el demandado puede obtener la rentabilidad de tener el dinero en sus propias manos durante el recurso, que le compensa por el hecho de que deberá abonar intereses cuando se dicte sentencia definitiva, además de asumir otros gastos procesales, lo que no puede hacer cuando existe la ejecución provisional. Sin ejecución provisional, el demandado interpone el recurso porque, mientras éste se tramita, puede seguir disfrutando del principal de la condena y apropiarse de su rentabilidad. En este escenario, la ejecución provisional hace que, al tener que hacer frente ya a la condena de instancia, el demandado no pueda tener el dinero en sus manos y no pueda obtener esa rentabilidad que le reporta el recurso, por lo que desiste de interponerlo¹⁸.

Una tercera teoría de por qué la ejecución provisional reduce los recursos, en que la doctrina no suele incidir y que podemos llamar teoría de la acomodación, parte de que el tribunal que conoce del recurso, en comparación con un escenario en que no existe ejecución provisional, se mostrará mucho menos proclive a revocar la sentencia de instancia cuando ésta ya se ha ejecutado provisionalmente, por los gastos extra en que incurriría la Administración de Justicia para revocar la ejecución provisional y la posible responsabilidad personal del juez y del Estado por los daños que se hubieran causado al condenado injustamente. Por ello, cuando el demandado-condenado sabe que la sentencia será ejecutada provisionalmente y que la probabilidad de que prospere el recurso cuando se lleva a cabo dicha ejecución es escasa, desiste de interponer dicho recurso por los costes que conlleva.

2.2. Importancia práctica de las teorías de los efectos de la ejecución provisional sobre los recursos

Lo anterior son posibles teorías de por qué la ejecución provisional reduce los recursos injustificados. Cuestión distinta es su importancia práctica, a la luz de las circunstancias más

¹⁷ Véase esta teoría en GARBÉRÍ LLOBREGAT (2001): la ejecución provisional conjura “el peligro de que, durante la sustanciación del recurso, dicha parte perjudicada pueda preconstituir una situación de insolvencia que, llegado el momento de la firmeza de la resolución, impida el éxito de la ejecución forzosa definitiva de la misma”. También en DE LA OLIVA SANTOS (1999): sin ejecución provisional existe “el riesgo de que el deudor condenado aproveche la segunda instancia y, eventualmente, los recursos extraordinarios procedentes para disponerse a eludir su responsabilidad.” PÉREZ GORDO (1973, p. 40) cita como adscritos a esta teoría a CHIOVENDA, CALAMANDREI y COSTA.

¹⁸ Véase esta teoría en CABALLOL ANGELATS (1993, p. 78): “si se prevé la eficacia de la resolución recurrida la parte obligada por ella, al estudiar la posibilidad de impugnar una resolución, se deberán depurar aquellos motivos que no sean estrictamente la expectativa de obtener un resultado favorable con la impugnación, como podrían ser: la rentabilidad que de hecho le pueda reportar el ejercicio de esta facultad(...)”. También en CÁMARA RUIZ (2001, p. 942), según el cual una función de la ejecución provisional es “evitar que se utilicen los recursos con fines dilatorios, alargando innecesariamente los procesos, por ejemplo, con tal de seguir poseyendo la cosa o de disponer de dinero a un interés bajo.” También ORIELLS RAMOS (1985, p. 280) que, además, constata que el problema es especialmente grave en una coyuntura económica inflacionaria.

habituales de los pleitos y los múltiples mecanismos procesales para paliar los presupuestos sobre los que se basan. La mayor parte de la doctrina suele pensar que los problemas que dan lugar a que la ejecución provisional tenga ese efecto beneficioso sobre los recursos son frecuentes pero, en este apartado, se constata que hay motivos para pensar que no lo son tanto.

Para empezar, debe ser infrecuente que la interposición de un recurso para tener tiempo de crear una insolvencia sea el principal motivo por el cual el condenado recurre, si se piensa que la insolvencia se puede crear ya durante la primera instancia. Hay que tener en cuenta que, si la sentencia de primera instancia es condenatoria y el recurso tiene muy pocas probabilidades de prosperar, ello normalmente será porque ya de entrada la demanda tenía muchas probabilidades de prosperar. Por tanto, lo habitual sería que el demandante ya se hubiera planteado esa posibilidad durante la primera instancia. El que no lo hubiera hecho antes podría responder a que creía realmente que iba a ganar la primera instancia, quizá por un error de cálculo. Pero esto debería ser bastante infrecuente en la práctica, no sólo porque estos errores son en sí mismos infrecuentes sino porque, además, en el pleito intervienen una multitud de personas –la parte, sus consejeros y abogados–, lo que hace que resulte difícil que se produzca un error. Además, a través del desarrollo del propio juicio, a menudo ya se van viendo cuáles son las posibilidades reales de cada parte de ganar y, dados los tiempos de respuesta de los tribunales, habría tiempo suficiente entre la celebración del acto del juicio y la sentencia para ponerse en un estado de insolvencia¹⁹.

Por otra parte, la importancia práctica de la teoría de la insolvencia también se debe matizar por el hecho de que poner los bienes a buen recaudo puede ser considerado un delito de alzamiento de bienes, castigado por el Código Penal. La tipicidad puede darse tanto cuando existe la posibilidad de ejecución provisional como cuando no existe, puesto que basta con que sea “previsible” la existencia de una ejecución en contra del demandado para que se produzca el tipo penal (art. 257.1.2 Código Penal). Así las cosas, si el pleito termina con sentencia condenatoria y el recurso es claramente injustificado, entonces muy posiblemente se darían los elementos del tipo ya durante la primera instancia. Pero es más, el tipo se podría realizar también durante la segunda instancia si el recurso es realmente injustificado, lo que se podría llegar a demostrar cuando el recurso fuera desestimado. En definitiva, la teoría de la insolvencia tiene menos fuerza de la que podríamos pensar porque el comportamiento y el estado mental que requiere puede ser castigado penalmente.

En fin, a la hora de valorar el impacto práctico de la teoría de la insolvencia también se suele olvidar que existe la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares, paradigmáticamente el embargo preventivo, que evitarían que se produjeran situaciones como las que se temen de frustración de la tutela judicial. Es muy posible que, en los casos más flagrantes en que el demandado busca la insolvencia, dichas medidas cautelares se hayan adoptado ya al principio o durante la primera instancia, de manera que en el momento de

¹⁹ Se podría pensar también que no quiere incurrir en el coste de una operación de insolvencia mientras no sea necesaria. Pero, en realidad, una operación de ocultación de bienes puede ser más barata que un recurso de apelación. Además la interposición de un recurso sólo pospone y no evita el coste de una operación de ocultación de bienes.

interponer el recurso, será difícil que el motivo principal sea la búsqueda de un margen de tiempo adicional para disipar el patrimonio. Es más, no hay que olvidar la posibilidad de adopción de medidas cautelares después de la sentencia condenatoria de primera instancia y a la vista del recurso interpuesto por la otra parte²⁰. Si el recurso es realmente injustificado, no debería ser difícil para el demandante acreditar la existencia de un *fumus boni iuris* que justificara la medida²¹.

Por su parte, la teoría de la rentabilidad como principal explicación de por qué la ejecución provisional reduce los recursos injustificados, aunque intuitiva, también debería tener una importancia práctica limitada. El motivo primordial por lo que ello es así es que, aunque es cierto que tener el dinero en las manos mientras se tramita el recurso, entraña una rentabilidad importante para la parte condenada, no es menos cierto que interponer un recurso que va a ser desestimado es una decisión cara, no sólo porque normalmente se deberán asumir los costes del propio abogado sino también porque, si el recurso es realmente injustificado, es muy posible que la otra parte se oponga al mismo y que las costas de su abogado nos sean imputadas a través de una condena en costas. A estos costes, hay que añadir el coste directo de interponer el recurso, que entraña el tener que abonar una tasa judicial, como ocurre hoy en día. Todo ello hace que ya de entrada sea poco probable que el condenado busque el recurso sólo por la rentabilidad que saca, porque dicha rentabilidad muy posiblemente es inexistente, haya o no ejecución provisional.

Otro motivo, ligado al anterior, por el cual la relevancia práctica de la teoría de la rentabilidad se debe matizar es que, en realidad, los recursos no duran tanto tiempo en la mayor parte de los casos como para justificar el coste de recurrir. En efecto, aunque en las grandes ciudades como Madrid y Barcelona la experiencia demuestra que la resolución de un recurso de apelación puede alargarse un año o más, éste no es el caso en la gran mayoría de Audiencias Provinciales, en que el recurso se resuelve en unos meses²². Si bien es cierto que el tiempo en que tarda en tramitarse un recurso ante el Tribunal Supremo, que puede llegar a rondar actualmente los 7 años²³, sí constituye una fuente de rentabilidad importante, y el recurso de apelación se puede utilizar como recurso-puente para acceder al recurso extraordinario, las últimas reformas procesales han recortado drásticamente la posibilidad de acceder a los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación. Y tampoco se debe olvidar que la interposición de un recurso extraordinario también tiene un coste económico importante.

La última teoría de los efectos de la ejecución provisional sobre los recursos que hemos visto, la teoría de la acomodación, tampoco tiene visos de ser importante en la práctica de nuestra

²⁰ Incluso en un mundo en que no fuera posible la ejecución provisional.

²¹ A esto se puede replicar que se adoptan menos medidas cautelares de las que sería deseable adoptar pero, en cualquier caso, esta objeción sólo reduciría la fuerza de las medidas cautelares y no la eliminaría completamente.

²² Los datos del CGPJ sugieren que las mayores duraciones en apelación se dan en Madrid (9.11 meses) y Cantabria (8.01 meses), en claro contraste con Extremadura (1.08 meses) y Castilla y León (2.78 meses) (CGPJ, 2005b, p. 68). Aunque los datos no son de duraciones reales, lo importante aquí es ver la variación entre Comunidades Autónomas.

²³ Aunque los datos del CGPJ dicen que, en el 2005, la duración media de un recurso ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo era de 31.91 meses (CGJP, 2005b, p. 67).

Administración de Justicia. En efecto, normalmente la tramitación de un recurso se lleva a cabo a espaldas de la existencia de una ejecución provisional, sin que existan mecanismos legales que pongan en relación los recursos con la ejecución pendiente. En otras palabras, habitualmente el tribunal que conoce del recurso no sabe si se está llevando a cabo una ejecución provisional de la sentencia que está revisando y, por lo tanto, ello no influye en su decisión sobre el recurso²⁴. Es más, hay que pensar que los tribunales de apelación estarán más preocupados por su carga de trabajo que por la de los jueces de instancia o de la Administración de Justicia en general, de manera que, si confirmar más frecuentemente va a reducir la tasa de apelación, no necesitan de la ejecución provisional para hacerlo, sino que pueden utilizar muchos otros mecanismos o razonamientos.

Quizá lo que quepa concluir de todo esto es que, en realidad, los casos en que la ejecución provisional se convierte en un instrumento para reducir los recursos dilatorios son infrecuentes. Lo que no quiere decir que, en teoría, se puedan dar los efectos que postulan las teorías de la insolvencia, de la rentabilidad y de la acomodación. Pero, ¿se dan? En el próximo apartado continuamos nuestra indagación teórica sobre los efectos de la ejecución provisional sobre los recursos creando un modelo de la decisión de recurrir. Volveremos sobre los efectos empíricos de la ejecución provisional después.

3. Modelo de los efectos de la ejecución provisional sobre la decisión de recurrir

En el presente apartado se trata de comprender un poco mejor los efectos de la ejecución provisional sobre la decisión del demandado condenado de recurrir, formulando un modelo que trata de reflejar las ideas principales de la teoría de la rentabilidad del recurso, quizá porque el análisis del apartado anterior sugiere que es la que podría tener algún efecto práctico en determinadas circunstancias, pero a la vez es más difícil de comprender. Primero se estudia la decisión de recurrir cuando no existe ejecución provisional y, después, se examinan los efectos que tiene la posibilidad de solicitar la ejecución provisional de la sentencia.

3.1. La decisión de recurrir sin ejecución provisional

Asúmase por ahora que no existe la posibilidad de solicitar la ejecución provisional de una sentencia condenatoria por una cantidad Q . También se asume que tanto demandante como demandado tienen un patrimonio $K > Q$, es decir, ambas partes son solventes. El demandado debe decidir si interponer un recurso de apelación, cuya resolución puede tardar un año²⁵.

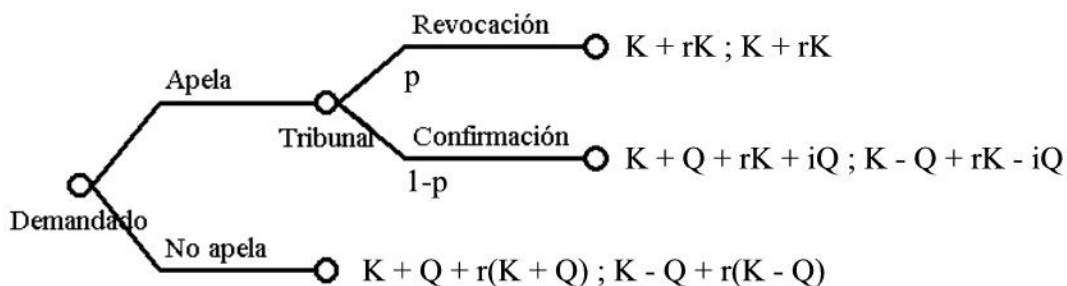
²⁴ No me cabe la menor duda de que un tribunal que estuviera interesado se podría enterar de si la sentencia de instancia se está ejecutando provisionalmente, pero es dudoso que frecuentemente hagan el esfuerzo por enterarse.

²⁵ Aunque utilicemos un periodo de tiempo determinado de 1 año, es obvio que se podría introducir el tiempo como una variable en el modelo. Se trata de una simplificación útil que, además, se ajusta a la experiencia de las Audiencias Provinciales de las ciudades más importantes.

Si el demandado no recurre en apelación, entonces pierde Q y, además, la rentabilidad que podría haber obtenido de esa cantidad Q , por lo que dentro de un año su patrimonio será $(K - Q) + r \times (K - Q)$, donde r es la tasa de rentabilidad privada del dinero. Por su parte, el demandante obtendrá Q y la rentabilidad de Q durante el año posterior, de tal forma que su patrimonio dentro de un año será $K + Q + r \times (K + Q)$ ²⁶.

Si el demandado recurre, pueden ocurrir dos cosas: por un lado, con una probabilidad p , el juez estimará el recurso y revocará la condena por Q . Además, durante la apelación, la cuantía Q , que estaba en su poder, habrá generado unos rendimientos como parte de su patrimonio. Por tanto, dentro de un año tendrá $K + r \times K$. El demandante, por su parte, habrá perdido la cuantía Q de la condena de primera instancia pero, también, los rendimientos de esa cuantía durante el tiempo del recurso. Su patrimonio será $K + r \times K$; por otro lado, con una probabilidad $1 - p$, el juez desestimaré el recurso. En ese caso, el demandado perderá definitivamente Q y, además, deberá pagar intereses por cuantía $i \times Q$, donde i es la tasa de interés legal²⁷. Pero durante la apelación, habrá ganado una cuantía $r \times Q$, debido a la rentabilidad del dinero. Su patrimonio será, por lo tanto, $K - Q + r \times K - i \times Q$. El demandante, por su parte, ganará Q , los intereses $i \times Q$ y la rentabilidad de su patrimonio K sin haber podido disfrutar de Q , es decir, $r \times K$. Al final, su patrimonio será $K + Q + r \times K + i \times Q$ ²⁸. Todo ello se puede representar en un gráfico sencillo como en la Ilustración 1.

Ilustración 1. La decisión de recurrir sin ejecución provisional



²⁶ Como se ve, en este y en los siguientes modelos, se asume que si se solicita la ejecución, bien provisional bien definitiva de la sentencia, el demandante obtiene el dinero sin demora adicional. A los efectos del presente modelo, ello se puede justificar teniendo en cuenta que estamos ante partes solventes y la ejecución conllevaría la imposición de intereses de demora superiores al interés legal al demandado (art. 576 LEC), además de hacerle asumir todos los gastos de la ejecución (art. 539.2 LEC), con lo cual el incentivo para cumplir la sentencia es muy fuerte.

²⁷ Ello tanto en virtud del art. 1108 CC como del art. 576 LEC. Aunque podríamos distinguir ambos tipos de interés en el modelo, ello se reduce a una variable para simplificar, lo que no es problema puesto que ambos intereses juegan en el mismo sentido.

²⁸ Como se ve, hemos asumido que buena parte de los parámetros son iguales para ambas partes. Este presupuesto está justificado por varios motivos. Es obvio para la cuantía Q , que está en juego, porque es lo que gana uno y pierde el otro. Por su parte, p , la probabilidad de que prospere el recurso, depende del tribunal de apelación y también es la misma para ambas. En cuanto a i , el interés legal del dinero, también es el mismo para ambas y es fijado por el Ministerio de Economía y Hacienda. Finalmente, r , la rentabilidad del dinero, muy posiblemente es igual, en una buena parte de los casos, en un litigio entre dos partes que intervienen en el mismo mercado. Admito que quizá esto último sea lo más difícil de aceptar, lo que puede dar lugar a una mayor variedad de comportamientos y equilibrios.

A partir de aquí podemos ver que la utilidad de no apelar para el condenado es $U(\text{No } A) = K - Q + r \times (K - Q)$. La utilidad de apelar es $U(A) = p \times (K + r \times K) + (1 - p) \times (K - Q - i \times Q + r \times K)$. Por lo tanto, el demandado recurre siempre que

$$\begin{aligned} U(\text{No } A) &< U(A) \\ K - Q + r \times (K - Q) &< p \times (K + r \times K) + (1 - p) \times (K - Q - i \times Q + r \times K) \\ p &> i - r / 1 + i \end{aligned}$$

La p identificada es la probabilidad crítica de que prospere el recurso a partir de la cual el demandado prefiere recurrir a no recurrir. No es difícil colegir de la expresión anterior que si $r > i$, entonces el demandado prefiere recurrir siempre puesto que, en ese caso, $i - r / 1 + i < 0$ y, dado que $p \geq 0$, siempre es mejor recurrir. En cambio, cuando $r < i$, entonces sólo recurre cuando la probabilidad de ganar es suficientemente elevada. Ahora bien, obsérvese que, incluso cuando $r < i$, la probabilidad crítica de que el demandado quiera recurrir será bastante pequeña, puesto que Q aparece como constante en el denominador. En definitiva, bastará con que exista una pequeña probabilidad de ganar, aunque el recurso no sea rentable, para que prefiera recurrir²⁹.

3.2. La decisión de recurrir con ejecución provisional

La introducción de la ejecución provisional trataría de evitar un resultado como el anterior en que se interpone el recurso por la rentabilidad del dinero en las manos del condenado-apelante. Partamos también de la existencia de una sentencia condenatoria de primera instancia por una cantidad Q y que el patrimonio de ambas partes es $K > Q$, de forma que ambos son solventes. A la vista de la sentencia, el demandado debe primero decidir si interpone recurso de apelación o no, cuyos resultados se producirán dentro de un año y son inciertos y determinados por p . A la vista de lo que haya hecho el demandado, el demandante decide después si solicitar la ejecución, provisional o definitiva, o no³⁰.

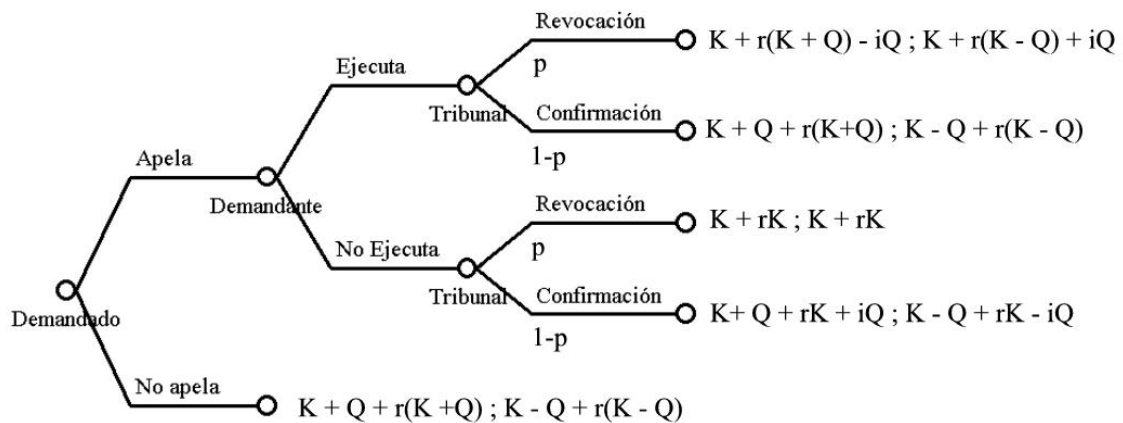
Si el demandado no ha recurrido, el demandante puede proceder a la ejecución definitiva y las utilidades de las partes dentro de un año son las mismas que hemos visto en el apartado anterior. También las utilidades son las mismas si el demandado ha recurrido, el demandante no solicita la ejecución provisional de la sentencia y espera a que recaiga sentencia de apelación. La única situación que es realmente distinta es la que se produce cuando el demandado recurre y el demandante solicita la ejecución provisional. Las utilidades de las partes entonces dependerán de la sentencia de apelación: si la sentencia de apelación confirma la sentencia de instancia, entonces el demandante obtiene Q , además de los rendimientos de Q durante el recurso, con lo que su patrimonio será $K + Q + r \times (K + Q)$. El demandado en este caso pierde Q y no habrá disfrutado

²⁹ El modelo también nos permite hacer otras inferencias interesantes sobre los efectos del tipo de interés y la rentabilidad privada del dinero. Cuando el tipo de interés i aumenta, deviene menos deseable el recurso. Y, cuando la rentabilidad privada del dinero r aumenta, también deviene más deseable el recurso. En fin, Q no afecta a los incentivos para interponer el recurso.

³⁰ Estamos en un juego secuencial en que el demandante observa lo que hace el demandado a tenor de lo dispuesto en el art. 527.1 LEC.

del dinero durante el recurso, de manera que no habrá generado rendimientos derivados de Q y su patrimonio será $K - Q + r \times (K - Q)$; si la sentencia de apelación revoca la sentencia de instancia, entonces el demandante debe devolver Q , más los intereses de Q , pero habrá disfrutado de Q durante la apelación obteniendo unos rendimientos, con lo que su patrimonio será $K + r \times (K + Q) - i \times Q$ ³¹. El demandado, por su parte, recuperará Q , además de los intereses, pero no se apropiará de los rendimientos, con lo que su patrimonio será $K + r \times (K - Q) + i \times Q$. Se puede representar todo con un gráfico como en la Ilustración 2.

Ilustración 2. La decisión de recurrir con ejecución provisional



A partir de aquí podemos determinar lo que hará cada parte. Dado que no hay información asimétrica, podemos tratar de resolver el juego desde atrás, determinando primero lo que hará el demandante cuando observa si el demandado ha recurrido o no.

Cuando el demandado no ha recurrido, el demandante no tiene ninguna decisión que tomar sino que puede solicitar la ejecución definitiva, cuya utilidad es $U(ED) = K + Q + r \times (K + Q)$.

Si debe tomar una decisión si el demandado ha apelado. Si no solicita la ejecución provisional, obtiene lo mismo que cuando el demandado apelaba y no podía solicitarla, lo que depende del sentido de la sentencia de apelación, es decir: $U(\text{No EP}) = p \times (K + r \times K) + (1 - p) \times (K + Q + r \times K + i \times Q)$. Si decide solicitar la ejecución provisional, su utilidad también depende de la sentencia de apelación y es $U(EP) = p \times (K + r \times (K + Q) - i \times Q) + (1 - p) \times (K + Q + r \times (K + Q))$. Por lo tanto, decide solicitar la ejecución provisional si la utilidad de ejecutar provisionalmente es superior a la utilidad de no ejecutar provisionalmente, es decir, si:

³¹ Según el art. 533 LEC, en la reversión de la ejecución provisional el demandante deberá devolver la cantidad que hubiere percibido, más las costas de la ejecución y los daños y perjuicios. Tratándose de una cantidad de dinero, los daños y perjuicios principalmente equivaldrán al interés legal del dinero (art. 1108 CC). En el mismo sentido, CABALLOL ANGELATS (2000, p. 57), FERREIRO BAAMONDE (2001, p. 337), GARCÍA-ROSTAN CALVIN (2002) y PÉREZ DE LA CRUZ OÑA (2005), aunque la LEC técnicamente sólo lo prevea para el caso de revocación parcial. Ahora bien, si hubiere otros daños derivados de actuaciones ejecutivas como, por ejemplo, los derivados de un embargo, entonces el demandado también tendría derecho a ser resarcido por los mismos. Esta última posibilidad no es tenida en cuenta en nuestro modelo porque se trataría de cuantías meramente indemnizatorias de los daños sufridos por el demandado, lo que sería neutro desde el punto de vista de los efectos incentivadores de la ejecución provisional sobre los recursos. En otras palabras, en nuestro modelo, los únicos daños que hay para el demandado contra el que se ha ejecutado provisionalmente de forma injusta son los derivados de la pérdida de la rentabilidad del dinero.

$$\begin{aligned}
 &U(EP) > U(\text{No EP}) \\
 &p \times (K - i \times Q + r \times (K + Q)) + (1 - p) \times (K + Q + r \times (K + Q)) > \\
 &\quad p \times (K + r \times K) + (1 - p) \times (K + Q + i \times Q + r \times K) \\
 &\quad\quad\quad r > i
 \end{aligned}$$

En definitiva, el demandante solicita la ejecución provisional si la rentabilidad del dinero que obtendrá de tener el dinero en su poder mientras dura la apelación es superior a la tasa de interés, que tendrá que abonarle el demandado si es éste quien se queda con el dinero durante la apelación³².

Sabiendo lo que hará el demandante, podemos ahora saber lo que hará el demandado. La utilidad de no apelar para él es, como antes, $U(\text{No A}) = K - Q + r \times (K - Q)$. Si el demandante no ejecuta provisionalmente, su utilidad es la misma utilidad que obtenía cuando no había ejecución provisional: $U(A | \text{No E}) = p \times (K + r \times K) + (1 - p) \times (K - Q + r \times K - i \times Q)$. Por tanto, si no se va a producir la ejecución provisional, preferirá apelar si la utilidad de apelar, dado que no se ejecuta, es superior a la utilidad de no apelar, es decir, si:

$$\begin{aligned}
 &U(A | \text{No E}) > U(\text{No A}) \\
 &p \times (K + r \times K) + (1 - p) \times (K - Q + r \times K - i \times Q) > K - Q + r \times (K - Q) \\
 &\quad\quad\quad p > i - r / 1 + i
 \end{aligned}$$

Éste es el mismo resultado que encontrábamos cuando el sistema procesal no permitía la ejecución provisional. Si $r > i$, entonces el demandado prefiere apelar y, si $r < i$, entonces depende de p , pero basta un p pequeño para que se apele.

Si el demandante ejecuta provisionalmente, la utilidad del demandado de apelar es: $U(A | E) = p \times (K + r \times (K - Q) + i \times Q) + (1 - p) \times (K - Q + r \times (K - Q))$. En este caso en que se va a producir la ejecución provisional, el demandado prefiere apelar si la utilidad de apelar, dado que se ejecuta, es superior a la utilidad de no apelar, es decir, si:

$$\begin{aligned}
 &U(A | E) > U(\text{No A}) \\
 &p \times (K + r \times (K - Q) + i \times Q) + (1 - p) \times (K - Q + r \times (K - Q)) > K - Q + r \times (K - Q) \\
 &\quad\quad\quad p \times i \times Q + p \times Q > 0
 \end{aligned}$$

Por tanto, siempre, excepto si $p = 0$, en cuyo caso es indiferente. En otras palabras, cuando el demandante va a ejecutar provisionalmente, siempre es mejor apelar que no apelar, excepto si la probabilidad de que prospere el recurso es realmente 0, en cuyo caso para el demandado es indiferente apelar o no apelar.

³² Como se puede ver, cuando r aumenta, es más probable que se solicite la ejecución provisional. También es más probable que se solicite cuanto más pequeño sea i . La cuantía Q no tiene ningún efecto sobre los incentivos para solicitar la ejecución provisional. Tampoco lo tiene la probabilidad p de que prospere el recurso.

En definitiva, podemos ver que existen los siguientes equilibrios, que dependen de las relaciones entre r , i y p .

1. Si $r < i$ y $p < i - r / 1 + i$, entonces el demandante no ejecutará provisionalmente si el demandado apela porque $r < i$, lo que conoce el demandado, pero como $p < i - r / 1 + i$, prefiere no apelar. En este caso, el demandado no apela y el demandante puede solicitar la ejecución definitiva.
2. Si $r < i$ y $p > i - r / 1 + i$, entonces el demandante no ejecutará provisionalmente si el demandado apela porque $r < i$, lo que conoce el demandado, pero como $p > i - r / 1 + i$, prefiere apelar. En otras palabras, el demandado apela pero el demandante no ejecuta provisionalmente.
3. Si $r > i$ y $p < i - r / 1 + i$, el demandante ejecutará provisionalmente porque $r > i$, lo que conoce el demandado, que recurre porque $p > i - r / 1 + i$. Por lo tanto, el demandado apela y el demandante ejecuta provisionalmente.
4. Si $r > i$ y $p > i - r / 1 + i$, el demandante ejecutará provisionalmente porque $r > i$, lo que conoce el demandado que, a pesar de todo, recurre porque $p > i - r / 1 + i$. En definitiva, en este caso, el demandado recurre y el demandante ejecuta provisionalmente.

3.3. Comparación de un escenario sin y con ejecución provisional

Podemos ahora hacer una comparación del comportamiento de los litigantes en un escenario donde no es posible la ejecución provisional y otro en el que sí lo es, teniendo en cuenta la probabilidad de que prospere el recurso p , la rentabilidad del dinero r y la tasa de interés legal i . La Tabla 1 compara lo que ocurre cuando la probabilidad de que prospere el recurso es pequeña, mientras que la Tabla 2 compara lo que ocurre cuando la probabilidad de que prospere el recurso es alta.

Tabla 1. Comportamiento de las partes sin y con ejecución provisional:
Probabilidad de que prospere el recurso pequeña

$p < i - r / 1 + i$	Sin ejecución provisional	Con ejecución provisional
$r < i$	Demandado no recurre Demandante ejecuta definitivamente	Demandado no recurre Demandante ejecuta definitivamente
$r > i$	Demandado recurre Demandante espera	Demandado recurre Demandante ejecuta provisionalmente

Tabla 2. Comportamiento de las partes sin y con ejecución provisional:
Probabilidad de que prospere el recurso alta

$p > i - r / 1 + i$	Sin ejecución provisional	Con ejecución provisional
$r < i$	Demandado recurre Demandante espera	Demandado recurre Demandante espera
$r > i$	Demandado recurre Demandante espera	Demandado recurre Demandante ejecuta provisionalmente

Como se puede observar, cuando la probabilidad de que prospere el recurso es baja, supuesto típico en que la ejecución provisional reduciría el número de recursos, parece que el comportamiento del demandado no varía sustancialmente en un mundo con o sin ejecución provisional. Si el recurso no es rentable porque $r < i$, entonces no recurre pero, si es rentable, entonces decide recurrir tanto en un mundo con ejecución provisional como en un mundo sin ejecución provisional y aunque sabe que el demandante va a solicitar la ejecución provisional. La razón radica en que, a pesar de la introducción de la ejecución provisional, y aunque ésta vaya a ser solicitada, si no recurre pierde seguro Q y los rendimientos de Q mientras que, si recurre, con cierta probabilidad recupera Q y los intereses de Q , que le deberá indemnizar el demandante, siendo así que los intereses son más jugosos que el rendimiento privado del dinero³³.

Tampoco varía sustancialmente el comportamiento del demandado cuando la probabilidad de que prospere el recurso es alta. En este caso, aunque el recurso no sea rentable porque $r < i$, decide recurrir porque la alta probabilidad de ganar Q compensa, contrariamente a lo que ocurría cuando la probabilidad de ganar era pequeña. Si el recurso es rentable porque $r > i$, entonces el efecto es acumulativo: a la propia alta probabilidad de que prospere el recurso y de ganar Q , hay que añadir el hecho de que, si gana, recuperará los intereses de Q . Lo más interesante en este escenario es quizá el comportamiento del demandante que solicitará la ejecución provisional o no en función de la rentabilidad que ello le pueda reportar: si es mejor tener el dinero en las manos que esperar a percibir los intereses legales porque $r > i$, solicitará la ejecución, pero no lo hará en caso contrario³⁴. Y obsérvese que solicita la ejecución provisional, si ello es rentable, aunque la probabilidad de que prospere el recurso sea alta, porque él también trata de minimizar sus daños esperados y, en este caso, ello implica ejecutar para obtener esos rendimientos del capital.

³³ Esto sólo admite una excepción cuando la probabilidad de que prospere el recurso es $p = 0$ porque, en este caso, el demandado es indiferente entre recurrir y no recurrir. Debido a la existencia de costes de recurrir, posiblemente en estos casos no recurra. Ahora bien, como no es difícil de imaginar, esta situación será difícil que se produzca puesto que será realmente raro que la probabilidad de que prospere un recurso sea 0. Curiosamente, es la única que parece tener en cuenta la doctrina. Por ejemplo, GARBERÍ LLOBREGAT (2001) explica que "es evidente que, si dicho temerario recurrente conoce a ciencia cierta que el ejercicio de su infundada impugnación no podrá impedir que la resolución recurrida pueda ejecutarse efectivamente (aunque sea de manera provisional), normalmente se abstendrá de ejercitar un recurso que, de este modo, se le revelará como un instrumento inútil de raíz para conseguir la torcida finalidad enunciada." Este razonamiento es ajustado al modelo pero, desgraciadamente, un supuesto infrecuente.

³⁴ Olvida esto o quizá exagera FERREIRO BAAMONDE (2001, p. 303) cuando afirma que el legislador juega con el dinero del ejecutante, que se puede ver obligado a devolver más de lo que percibió en la ejecución en caso de revocación. El ejecutante deberá hacer sus cálculos sobre si le sale a cuenta pedir la ejecución provisional, sin perjuicio de que la "jugada", esta sí, suya, pueda salirle mal.

En conclusión, podemos ver que la posibilidad de obtener la ejecución provisional más fácilmente no tiene ningún efecto sobre la interposición de recursos injustificados por parte de demandados condenados.

3.4. Los costes de apelación

El modelo anterior, para simplificar, no tenía en cuenta los costes de la apelación, que pueden ser tanto los gastos de abogado y procurador como la tasa judicial. Pero no es difícil integrarlos y constatar lo que ocurre entonces. Puede concluirse que los resultados no se alteran.

En efecto, dada la asignación de costes en la apelación, resulta que el demandado tiene que asumir sus costes de la apelación siempre. Si gana, porque no hay condena en costas (art. 398.2 LEC). Si pierde, porque habrá condena en costas pero en su contra (art. 398.1 LEC). En cuanto a las costas de la otra parte, las asumirá sólo si se desestima íntegramente el recurso (art. 398.1 LEC) pero, si se estima, no deberá asumirlas (art. 398.2 LEC).

Así las cosas, si tenemos en cuenta los costes de la apelación, resulta que, para que el recurso del demandado condenado en primera instancia sea rentable en un mundo sin ejecución provisional, los rendimientos que obtiene derivados de tener el dinero en su poder durante la apelación deben compensar, no sólo por los intereses que deberá pagar, sino también por el coste de la apelación. Es más, en los supuestos donde el recurso es, con muy alta probabilidad, injustificado, el demandado tiene que pensar que el demandante seguramente impugnará su recurso y las costas del demandante-apelado le serán reasignadas en la condena en costas de apelación. Todo ello nos lleva a la conclusión de que las reglas de costas en apelación harán menos probable que se interpongan recursos injustificados.

Cuando se introduce la posibilidad de ejecución provisional, la conclusión anterior no se altera puesto que la asignación de los costes de la apelación es independiente de si se solicita la ejecución provisional o no. Por lo tanto, el efecto será el mismo, sin que la ejecución provisional tenga ningún efecto autónomo.

3.5. Los costes de la ejecución

El modelo tampoco tenía en cuenta los costes de la ejecución provisional de la sentencia, que merecen una mención aparte dado que su regulación sí podría tener algún efecto sobre los resultados anteriores, aunque no sobre la conclusión de que la ejecución provisional no reduce los recursos.

En una ejecución definitiva, los costes de ejecución corren a cargo de la parte condenada (art. 539.2 LEC), lo que hace que el demandante tenga fuertes incentivos para solicitar la ejecución y que, el demandado, tenga fuertes incentivos para pagar cuanto antes. Ahora bien, cuando no se trata de una ejecución definitiva, sino que es provisional, los costes de ejecución también van a estar en juego, dado que, si bien cuando la sentencia de apelación sea confirmatoria las costas de

ejecución correrán a cargo de la demandada, como si de una ejecución definitiva se tratase, cuando la sentencia sea revocatoria el demandado tendrá derecho a ser reintegrado en las costas de la ejecución (art. 533 LEC) que, por lo tanto, serán asumidas por el demandante. Por lo tanto, su asignación definitiva dependerá de lo que resuelva la sentencia de apelación.

Así las cosas, está claro que se modifican los incentivos del demandante para solicitar la ejecución y los incentivos del demandado para cumplir. Nos interesan, sobre todo, a efectos del modelo, los incentivos para solicitar la ejecución provisional³⁵. La posibilidad de reasignación de las costas de ejecución hace que, cuando la probabilidad de que prospere el recurso sea pequeña, sea más deseable para el demandante solicitar la ejecución provisional y que, cuando la probabilidad de que prospere el recurso sea grande, sea menos deseable para el demandante solicitar la ejecución³⁶.

Sin embargo, ello no afecta a la decisión del demandado-condenado de recurrir, porque vimos que éste recurría tanto si el demandante solicitaba como si no solicitaba la ejecución provisional. Es más, posiblemente se incrementan los incentivos a recurrir, respecto de un escenario en que no existe ejecución provisional puesto que, si se vence en el recurso, podrán además recuperarse las costas de la ejecución provisional.

4. Análisis de la tasa de apelación y la tasa de confirmación antes y después de la LEC 2000

En los apartados anteriores hemos puesto de relieve que la teoría de que la introducción de la ejecución provisional reduce las apelaciones injustificadas es más que dudosa. Pero, ¿qué dicen los datos reales? En este apartado se examinan algunos datos sobre el uso del recurso de apelación y las sentencias que dictan las Audiencias Provinciales obtenidos de las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) y del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ). Vale la pena avanzar que las estadísticas judiciales españolas son insatisfactorias para llegar a una conclusión rotunda sobre nuestro objeto de estudio, pues se trata de datos incompletos y poco fiables, y que, además, no permiten inferencias directas sobre lo que queremos saber, pero quizá podamos obtener alguna aproximación que nos deje entrever los efectos reales de la ejecución provisional³⁷.

4.1. El uso del recurso de apelación

³⁵ Respecto de los incentivos del demandado para cumplir con la sentencia provisionalmente, se ven reducidos. La doctrina ha criticado esto, con acierto a mi entender, porque lo deseable es que el demandado cumpla cuanto antes, para evitar los gastos de ejecución, aunque ello sólo sea provisionalmente. Véase CABALLO ANGELATS (2000, pp. 56-57).

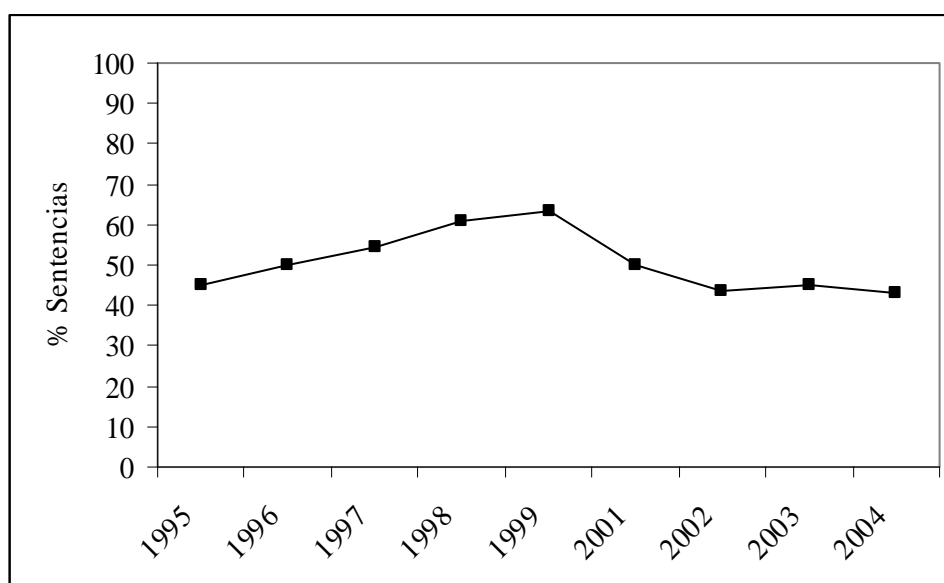
³⁶ Éste es un resultado general de la condena en costas por vencimiento objetivo en comparación con un escenario sin condena en costas. Véase COOTER y ULEN (2003, p. 426) y SHAVELL (2004, p. 429-430).

³⁷ Resulta especialmente desalentador que las estadísticas del INE y las publicadas en las memorias del CGPJ no cuadren y que se modifiquen los criterios de recogida y clasificación de datos, de forma que no sean comparables año tras año.

Si la teoría sobre los efectos de la facilitación de la ejecución provisional esbozada por la mayor parte de la doctrina, en cualquiera de sus versiones, fuese cierta, entre otras cosas parece que deberíamos observar que, con la facilitación de la ejecución provisional por parte de la LEC 2000, se ha reducido la interposición de recursos contra sentencias condenatorias por parte de los demandados, en comparación con lo que ocurría en el régimen anterior de la LEC 1881.

Para construir una tasa de recurso, podemos utilizar el número de sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia y los recursos ingresados por las Audiencias Provinciales³⁸. Desgraciadamente, no existen series longitudinales constantes sobre estos números, sino que son parciales y de distintas fuentes, aunque parece que se refieren a lo mismo y permiten construir una serie 1995-1999 y 2001-2004³⁹. Por otro lado, los datos de la justicia española no segregan los recursos en función de si son contra una sentencia estimatoria o desestimatoria. Por lo tanto, debemos conformarnos con analizar la tasa de recurso global que, si la teoría fuese cierta, parece que también debería disminuir⁴⁰. La Ilustración 3 muestra la evolución de dicha tasa de recurso durante los años 1995-2004.

Ilustración 3. Tasa de apelación



³⁸ Tomamos como punto de partida las sentencias de los juzgados de primera instancia y no los asuntos resueltos, pues nos interesa conocer la tasa de recurso contra sentencias condenatorias especialmente.

³⁹ Los datos 2001-2004 provienen del INE (2001-2004) y, los datos 1995-1999, del CGPJ (2000). No he conseguido encontrar datos consistentes sobre el año 2000. Además, debemos tener en cuenta que los datos de que disponemos son agregados anuales. Dado que el plazo de preparación o anuncio de un recurso de apelación es de cinco días desde la notificación de la sentencia, podemos asumir que las resoluciones se recurren en el mismo año que se dictan y, por lo tanto, aparejamos los datos anuales de resoluciones y recursos. Pero es importante destacar que no disponemos de datos de asuntos concretos. Por otro lado, podemos incluir todas las sentencias que se hayan dictado después de la entrada en vigor de la LEC 2000 porque, según la Disposición Transitoria 2ª LEC 2000, ya les es aplicable a las mismas la posibilidad de ejecución provisional sin caución, aunque fueran dictadas en procedimientos seguidos bajo la antigua LEC 1881. En fin, hay que observar que utilizamos datos en que no se cuentan los asuntos de familia.

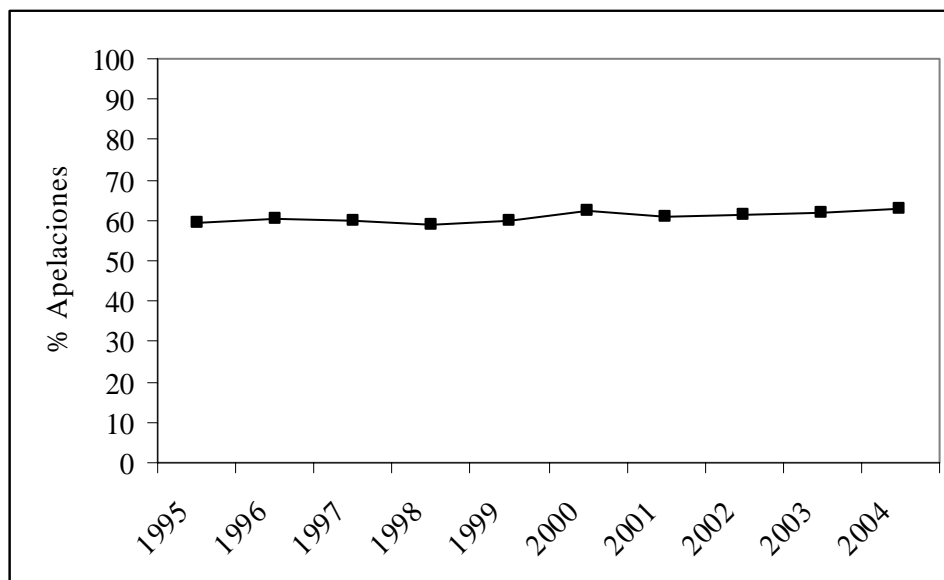
⁴⁰ En efecto, si la ejecución provisional sólo afecta a los recursos contra sentencias estimatorias, parece que los incentivos para interponer un recurso contra una sentencia de primera instancia estimatoria no han variado respecto de la LEC 1881. Por tanto, el balance debería ser una reducción de la tasa global de recurso.

Puede observarse que la tasa de apelación tiene una forma ascendente durante el periodo 1995-1999 y, luego, desciende y se mantiene durante el periodo 2001-2004. La media de la tasa de recurso durante el primer periodo sería del 54.8%, mientras que la media del segundo periodo sería del 45.5%, una disminución estadísticamente significativa⁴¹. Por lo tanto, parece que habría indicios de que la facilitación de la ejecución provisional por la LEC 2000 ha provocado la disminución de los recursos. Pero, dado que los datos provienen de series distintas, no está claro hasta qué punto esta afirmación puede ser rotunda⁴².

4.2. Los resultados de los recursos de apelación

Veamos ahora otros datos correspondientes a los resultados de los recursos de apelación, confirmatorios o revocatorios de la sentencia de instancia. Si la teoría que utiliza la mayor parte de la doctrina procesal española fuese cierta, parece que deberíamos observar que, con la facilitación de la ejecución provisional por la LEC 2000, se ha reducido la tasa de sentencias de apelación que son confirmatorias de sentencias de instancia condenatorias.

Ilustración 4. Tasa de confirmación en apelación



Sobre los resultados de los recursos de apelación disponemos de estadísticas directas recabadas por el INE para los años 1995-2004, que nos permiten construir una tasa de confirmación. Sin embargo, dichas estadísticas no separan tampoco los supuestos en que la sentencia de instancia era condenatoria y aquellos en que era desestimatoria. A pesar de todo, la tasa de confirmación total debería aumentar también si la teoría fuese cierta⁴³. La Ilustración 4 muestra la evolución de dicha tasa de confirmación total durante los años 1995-2004.

⁴¹ Test de Pearson χ^2 (1 grado de libertad) = 15000, p-valor = 0.000, Test Exacto de Fisher, p-valor = 0.000.

⁴² Para tener un punto de comparación, PASTOR PRIETO (2003, pp. 87-88) observa que, en 1999, la tasa de apelación en materia civil era del 54%. Además, constata que la tasa de apelación no ha parado de aumentar en los 10 años anteriores a la entrada en vigor de la LEC 2000. Más adelante, PASTOR PRIETO (2003, p. 90) dice que, en el 2001, la tasa de apelación civil era del 40%. Por lo tanto, los datos de este autor también permitirían confirmar que existe una disminución de la tasa de recurso.

⁴³ Ello por los mismos motivos que ya hemos visto en la nota al pie 40.

A primera vista, parece que la tasa de confirmación en apelación prácticamente no ha variado a lo largo de los últimos 10 años, aunque sí se aprecia un incremento moderado. Si en 1995 la tasa de confirmación era del 59.5%, en 2004 fue del 62.6%⁴⁴. ¿Qué podemos decir del cambio de la LEC 2000 de la ejecución provisional? La media de la tasa de confirmación durante de periodo 1995-2000 fue del 60.0%, mientras que fue del 61.8% para el periodo 2001-2004, siendo esto un aumento estadísticamente significativo⁴⁵. Por lo tanto, parecería que los datos no permiten afirmar que la facilitación de la ejecución provisional haya conllevado una disminución de los recursos injustificados, sino un aumento.

4.3. Otras posibles explicaciones de las estadísticas de la apelación

La valoración global de los datos anteriores es compleja, puesto que hemos visto que la tasa de recurso ha disminuido, tal y como sugería la teoría, pero no así la tasa de recursos que se desestiman, que ha aumentado, contrariamente a lo que cabía esperar⁴⁶. Ello sugiere que, en realidad, los efectos que observamos no se deberían a la facilitación de la ejecución provisional, sino que existirían otra u otras causas, entre las que podrían estar las siguientes.

Una primera explicación de la disminución de la tasa de apelación sería que la LEC 2000 ha reducido drásticamente la posibilidad de interponer recursos contra resoluciones interlocutorias en la primera instancia, en comparación con la LEC 1881, además de prever mejores mecanismos para depurar problemas procesales, lo que disminuiría el número de resoluciones interlocutorias susceptibles de recurso y el número de sentencias absolutorias en la instancia⁴⁷. A esto cabría añadir la disminución del número de sentencias debidas al aumento de reclamaciones que ahora se tramitan a través de procedimientos monitorios, que concluyen sin sentencia y sin necesidad

⁴⁴ Para tener un punto de comparación de estos datos, PASTOR PRIETO (2003, p. 85) encuentra que, en el 2001, el 63% de los fallos de apelación eran desestimatorios en Andalucía. Los informes sobre la justicia del CGPJ reflejan una tasa de confirmación del 63.9% para el 2004 (CGPJ, 2004b, p. 57) y de 63.56% para el 2005 (CGPJ, 2005b, p. 62).

⁴⁵ Test de Pearson χ^2 (1 grado de libertad) = 229.9434, p-valor = 0.000, Test Exacto de Fisher, p-valor = 0.000. Obsérvese que se han contabilizado como años relevantes en los que rige el régimen de la LEC 2000 los años a partir del año 2001, partiendo de que los recursos interpuestos en 2001, año de entrada en vigor de la LEC, son resueltos el mismo año, presupuesto que encuentra su justificación en que las estadísticas globales muestran que el 70% de los recursos de apelación civiles se resuelven dentro del periodo de un año (PASTOR PRIETO, 2003, p. 40). Si se quisiera asumir que los recursos que se resuelven en un año son los interpuestos el año anterior, entonces las conclusiones no varían. La media de la tasa de confirmación durante de periodo 1995-2001 sería del 60.2%, mientras que sería del 62.8% para el periodo 2002-2004, siendo ésta una diferencia también estadísticamente significativa. Test de Pearson χ^2 (1 grado de libertad) = 223.4492, p-valor = 0.000, Test Exacto de Fisher, p-valor = 0.000.

⁴⁶ Para contrastar, PASTOR PRIETO (2003, p. 90) encuentra resultados idénticos a los míos con sus datos.

⁴⁷ Aunque también es cierto que la LEC 2000 sigue permitiendo el recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias o que ponen fin anticipado al proceso, parece que, en conjunto, habría que considerar que predomina el efecto limitativo. Por otro lado, la LEC 2000 permite recurrir todas las resoluciones mientras que la LEC 1881, después de su reforma en 1992, impedía el recurso en asuntos de cuantía inferior a 80.000 ptas. Pero estos asuntos ya bajo la ley anterior tampoco eran tan frecuentes y, posiblemente, ello no haya tenido ningún impacto importante en la tasa de recurso.

de apelación⁴⁸. Dicha disminución del número de sentencias es apreciable en la estadística del CGPJ⁴⁹.

La restricción a las posibilidades de acceso a los recursos extraordinarios frente al Tribunal Supremo introducidos por la LEC 2000 actuaría de una forma similar. En efecto, existen recursos de apelación que se interponen con la vista puesta en el Tribunal Supremo y donde la sentencia de apelación es buscada como un mero trámite. Al haber disminuido la posibilidad de acceder a la casación, disminuyen los incentivos para interponer estos recursos de apelación que sólo se ponían para acceder a la casación. Con todo, la tasa de interposición de un recurso de casación es pequeña, sobre todo teniendo en cuenta que la tasa de confirmación de la sentencia de apelación es muy elevada⁵⁰. Por consiguiente, la restricción del acceso al Tribunal Supremo sólo podría ser una explicación de una pequeña parte de la reducción de la tasa de apelación.

Por otra parte, la reducción de la tasa de apelación podría venir de la mano, o así lo podrían creer algunos autores, de la nueva regulación de la tutela cautelar. Como ya hemos apuntado, la adopción de medidas cautelares podría evitar que un demandado condenado disipara sus bienes durante la pendencia del proceso lo que, a la postre, implicaría que sería inútil para él interponer un recurso injustificado. Ahora bien, es muy dudoso que la LEC 2000 haya realmente favorecido tanto la adopción de medidas cautelares como para pensar que éste es el motivo por el cual se han reducido la tasa de apelación. Muy posiblemente, la tasa de solicitud de medidas cautelares no ha variado de la LEC 1881 a la LEC 2000, con lo cual habría que descartar este aspecto de la LEC 2000⁵¹.

Un factor muy importante sobre la tasa de apelación, como ponía de relieve el modelo desarrollado, son los costes de la apelación. Un coste que podría haber variado a lo largo de los años, sería el coste de los honorarios de abogado y procurador. Los honorarios de abogado para la apelación pueden representar alrededor de entre el 5 y el 10% de la cuantía de la pretensión que se ejercite. Ahora bien, dado que la fijación de las normas orientativas de honorarios corresponde a cada Colegio de Abogados, dichos honorarios no se modifican de forma global en todo el territorio nacional, lo que nos impide considerar los efectos del cambio del coste de apelar sobre la tasa de apelación⁵². El coste de la apelación también ha variado con la introducción de la tasa judicial para la interposición de un recurso de apelación, que se produjo el 1 de abril de 2003. Uno de los hechos impositivos de dicha tasa es la interposición de un recurso de apelación.

⁴⁸ El propio CGPJ atribuye al uso de este procedimiento la reducción del número de sentencias a resultas de la creación de la LEC 2000 (CGPJ, 2004, p. 282).

⁴⁹ CGPJ (2004a, p. 282) y CGPJ (2005a, p. 78).

⁵⁰ Por ejemplo, en el 2004, la tasa de confirmación fue del 88,09% (CGPJ, 2005a, p. 81).

⁵¹ En RAMOS ROMEU (2006, pp. 66-69) analizo datos que sugieren que la tasa de solicitud y, por ende, de adopción de medidas cautelares civiles y mercantiles, sigue siendo muy pequeña bajo la LEC 2000, al afectar sólo al 6.8 y 10.8 % de los pleitos civiles y mercantiles, respectivamente. Tampoco está claro que, con datos reales sobre la Audiencia Provincial de Barcelona, los tribunales se muestren mucho más proclives a otorgar medidas cautelares bajo la LEC 2000 que bajo la LEC 1881 (RAMOS ROMEU, 2006, pp. 463-465).

⁵² Quizá se podría realizar un estudio por provincias que se aproximara más a la realidad. Ahora bien, se debería tener en cuenta que sería extremadamente laborioso recabar información sobre la evolución de las normas de honorarios en los distintos Colegios y, además, al cubrir el territorio de una Audiencia Provincial más de un Colegio de Abogados, el resultado final seguiría siendo aproximativo y, el efecto, difícil de medir.

Ahora bien, dicha tasa sólo afectaría a las personas jurídicas, y no a todas, lo que no explicaría la disminución de buena parte de los recursos que se interponen, que se promueven por personas físicas en su mayoría⁵³.

Cambiando de perspectiva, otra posible explicación de la disminución de la tasa de apelación tendría en realidad su causa en el propio incremento de la tasa de confirmación en apelación. En efecto, al ser más probable la desestimación del recurso, sería menos probable a su vez que el recurrente decidiera plantear el recurso. Esta explicación se podría verificar calculando el coeficiente de correlación de Pearson entre las dos tasas: el coeficiente de correlación de las dos tasas correspondientes al mismo año es de -0.69 (p-valor = 0.0418) y la tasa de correlación de la tasa de apelación con la tasa de confirmación del año anterior es de -0.78 (p-valor = 0.0230)⁵⁴. Con ello se demuestra que, efectivamente, el incremento de la tasa de confirmaciones está correlacionado con la disminución de la tasa de recurso de una forma estadísticamente significativa.

Ahora bien, a partir de aquí, habría que explicar a su vez el por qué del aumento de la tasa de confirmación, motivos que podrían ser varios, entre los que cabe destacar los siguientes, no todos incompatibles entre sí.

Una primera explicación del aumento de la tasa de confirmación relacionada con la ejecución provisional podría deberse a lo que ya llamamos teoría de la acomodación de los tribunales de apelación, que revocarían salvo cuando ya hubiera sido ejecutada provisionalmente la sentencia de instancia. Ya vimos que esta teoría casa mal con el hecho de que los jueces de apelación no tienen constancia directa de la existencia y del curso de una ejecución provisional en el pleito pendiente.

Una segunda explicación del aumento de la tasa de confirmación, quizá más probable que la anterior, radicaría en las novedades procesales de la propia LEC y la avalancha legislativa sufrida de 2002 a 2003, que habrían hecho que, temporalmente, los litigantes fueran demasiado optimistas en cuanto a sus posibilidades de ganar un recurso. Si esta teoría fuera cierta, parece que el aumento de la tasa de confirmación sería un efecto temporal que debería desaparecer con el tiempo. Ahora bien, los últimos datos de que disponemos, para el año 2005, muestran una tasa de confirmación muy similar: el 63.56% para el 2005 (CGPJ, 2005b, p. 62). Parece extraño que, después de 4 años, dada la duración media de un recurso de apelación, siga manteniéndose una tasa de confirmación similar.

⁵³ PASTOR PRIETO (2003, p. 84) corrobora que, en el 2001, el 84 % de los apelantes en Andalucía eran personas físicas. Ahora bien, en otro estudio, el autor encuentra que, en 1997, el 56% de los apelantes eran personas físicas (CABRILLO y PASTOR, 2001, p. 68).

⁵⁴ Esta última correlación postula que los efectos de la tasa de confirmación tienen su impacto, no en la tasa de apelación del mismo año, sino en la del año inmediatamente posterior. No es aventurado pensar que ésta es, efectivamente, la relación causal, pues las partes o, más precisamente, sus abogados, tardan cierto tiempo en formar sus nuevas expectativas y actuar conforme a las mismas.

La teoría más plausible, a mi entender, del aumento de la tasa de confirmación encontraría su causa en el ejercicio de un esfuerzo de revisión menos intenso por los tribunales de apelación, de forma deliberada, lo que sería una estrategia de revisión que habrían adoptado a raíz del imparable aumento de la tasa de recurso a lo largo de los últimos años, la falta de recursos materiales y, posiblemente, la introducción de la retribución variable por módulos⁵⁵. Si esta explicación fuera correcta, parece que tendríamos que observar un aumento de la tasa de sentencias por magistrado que desempeña sus cargo en las Audiencias Provinciales (o la tasa de sentencias por tribunal), pero desgraciadamente no existen series temporales fiables al respecto. También deberíamos apreciar una reducción de la duración de las apelaciones, lo que sí se aprecia en las últimas estadísticas del CGPJ, que utilizan datos “artificiales” de la duración de la apelación⁵⁶.

4.4. Determinantes de la apelación

En el apartado anterior hemos visto que la evolución de la tasa de apelación podía depender de varios factores que variaban conjuntamente. En este apartado trataremos de distinguir un poco mejor los determinantes de dicha evolución mediante un modelo estadístico de regresión.

La primera variable a tener en cuenta es la del cambio a la LEC 2000, que se produce con su entrada en vigor en el 2001, que se reflejará mediante una variable binaria que llamaremos *LEC 2000*. La tasa de apelación también dependía de forma crucial de la rentabilidad del recurso, determinada en buena parte por la relación entre la rentabilidad privada del dinero y el interés legal del mismo. La primera puede aproximarse mediante la estadística de la rentabilidad de las empresas que publica el Banco de España⁵⁷ mientras que, la segunda, se corresponde con el tipo de interés legal fijado por el Ministerio de Economía y Hacienda, y publicado en el BOE. Con éstas, creamos una variable llamada *Rentabilidad del recurso* que es igual a la rentabilidad de las empresas menos el interés legal del dinero⁵⁸. Finalmente, podemos incluir otra variable binaria para tener en cuenta la introducción de la tasa judicial en 2003, que llamaremos *Tasa judicial*. En el Anexo 1 se pueden encontrar las estadísticas descriptivas de estas variables, así como de las dependientes.

Nos interesa conocer la probabilidad de que se interponga un recurso en un determinado caso, decisión binaria que se podría aproximar mediante un modelo probit a partir de los datos sobre sentencias de primera instancia y recursos de apelación ingresados, las sentencias de apelación

⁵⁵ El incremento de trabajo en apelación sin el correspondiente aumento de recursos habría llevado a dedicar menos tiempo por asunto lo que, a la larga, implicaría una mayor probabilidad de desestimación dado que sería menos probable detectar los errores cometidos por el juez de instancia. A su vez, la introducción de la retribución judicial variable por módulos desde principios de 2004 haría que los jueces quisieran dictar más sentencias más rápido, aunque la reciente introducción de los módulos y el poco tiempo transcurrido y de vigencia de los mismos nos impiden decir más sobre esto.

⁵⁶ Por ejemplo, la duración media de una apelación en España, en el 2001, rondaba los 9.32 meses mientras que, en el 2005, fue de 5.01 meses (CGPJ, 2005b, p. 68). Aunque la duración de los pleitos no sea una estadística real, dado que se construye cada año con los mismos datos, es comparable de año en año.

⁵⁷ BANCO DE ESPAÑA (2004), Cuadro 2.16. Utilizamos la rentabilidad ordinaria global para el año.

⁵⁸ Por lo tanto, si $r > i$, es más deseable el recurso mientras que, si $r < i$, es menos deseable.

totales y el número de sentencias de apelación confirmatorias⁵⁹. La Tabla 3 muestra los resultados: en el Modelo 1, la variable dependiente es el número de apelaciones por sentencia; en el Modelo 2, la variable dependiente es el número de confirmaciones por recursos resueltos.

Tabla 3. Modelos probit agrupados de la tasa de apelación y la tasa de confirmación

	Modelo 1 Apelaciones	Modelo 2 Confirmaciones
LEC 2000	-.351*** (.003)	.026*** (.004)
Rentabilidad del recurso	.069*** (.001)	.003*** (.001)
Tasa judicial	-.120*** (.003)	.024*** (.004)
Constante	.045*** (.001)	.251*** (.002)
Ratio-Verosimilitudes χ^2	30273.25***	282.26***
Grados de libertad	3	3
Log-Verosimilitud	-1287742.7	-542801.59
Pseudo-R ²	.0116	.0003
N	1879706	810936

Significación: * p < 0.1 ; ** p < 0.05 ; *** p < 0.001

Podemos apreciar, por el signo negativo de *LEC 2000* en el Modelo 1, que el cambio a la *LEC 2000* efectivamente ha reducido las apelaciones, efecto estadísticamente significativo, aunque ya vimos que esto no era necesariamente debido a la ejecución provisional, sino que se podía deber a los otros cambios introducidos por la *LEC 2000*. En concreto, en el modelo se estima que, en condiciones de rentabilidad media, el efecto de la *LEC 2000* habría sido reducir la probabilidad de apelación en 0.14, lo que es un efecto considerable⁶⁰. Ello lo corrobora el hecho de que el cambio a la *LEC 2000* haya también producido un aumento de la tasa de confirmación, como se aprecia por el signo positivo y estadísticamente significativo de *LEC 2000* en el Modelo 2. El cambio a la *LEC 2000* habría aumentado la probabilidad de confirmación de la sentencia de instancia en 0.01. Desgraciadamente, la falta de datos más detallados nos impide entender mejor los efectos del cambio a la *LEC 2000*.

Por otro lado, siendo quizá esto el resultado más interesante, la rentabilidad del recurso es un determinante importante de la tasa de apelación y la tasa de confirmación. En la época en que vivimos de intereses bajos, la rentabilidad privada del dinero es superior al interés legal, con lo cual se hace más probable la interposición de una apelación, aunque quepa en menos casos bajo

⁵⁹ Dado que sólo tenemos datos agregados por años, en realidad es necesario utilizar un modelo probit agregado. Se utiliza el comando `bprobit` del programa Stata 8.0.

⁶⁰ Se calculan los efectos marginales de los cambios en las variables independientes en la probabilidad de interés, utilizando el comando `mx` de Stata 8.0.

la LEC 2000. Ello contrasta con lo que sucedía en los años noventa, en que la tasa de interés legal era superior a la rentabilidad de las empresas y, por lo tanto, los incentivos para recurrir eran menores. Esto es lo que refleja el signo positivo estadísticamente significativo de la variable *Rentabilidad del recurso* en el Modelo 1. Según éste, bajo la LEC 2000 y con tasa judicial, el aumento en 1 punto en la rentabilidad del recurso aumentaría en 0.027 la probabilidad de recurrir. Y, si comparamos las épocas en que el recurso sería menos rentable con las épocas en que el recurso sería más rentable, podríamos hablar de una diferencia en la probabilidad de recurso de 0.14⁶¹. Además, hay que constatar que, contrariamente a lo que hubiera previsto la doctrina que postula que la ejecución provisional reduce los recursos injustificados, pero tal y como predecía el modelo presentado aquí, el aumento de la rentabilidad del recurso ha llevado a una mayor tasa de confirmación, como refleja el signo positivo y estadísticamente significativo de esta variable en el Modelo 2. Bajo la LEC 2000, un aumento en la rentabilidad del recurso en 1 punto, aumenta la probabilidad de una sentencia confirmatoria en 0.001, aunque es una cuantía muy pequeña.

En fin, es interesante el efecto de la variable *Tasa judicial* que, tal y como se había previsto, reduce la tasa de apelación de forma estadísticamente significativa, como se aprecia en el Modelo 1. La magnitud del efecto sería moderada pues el modelo estima que, bajo la LEC 2000 y con una rentabilidad media, la introducción de la tasa judicial disminuiría en 0.05 la probabilidad de recurso. Ahora bien, dicha variable también aumentaría la tasa de confirmación en el Modelo 2, lo que no sería un resultado esperado en el modelo. En concreto, la introducción de la tasa judicial bajo la LEC 2000, y con una rentabilidad media, habría provocado un aumento de 0.01 en la probabilidad de que la sentencia fuera confirmatoria. Quizá no existan suficientes observaciones de años de vigencia de la tasa judicial para que el modelo estadístico haya podido percibir una diferencia respecto de la misma.

5. Conclusiones

En este trabajo hemos analizado los efectos de la facilitación de la ejecución provisional por parte de la LEC 2000 para poner de relieve que, contrariamente a lo que con frecuencia se cree, la introducción o facilitación de la ejecución provisional no tiene ningún efecto, o no tiene ningún efecto práctico importante, más allá de algún caso marginal, sobre los incentivos de un demandado que ha perdido para interponer un recurso. El motivo principal que está detrás de esta conclusión es que el recurso es el único mecanismo que tiene en sus manos un demandado para minimizar el revés que ha sufrido por la sentencia dictada. Basta con que la probabilidad de que prospere el recurso sea muy pequeña para que el recurso sea rentable. Ello responde a una observación frecuente entre la doctrina y abogados: cuando el legislador prevé recursos, el litigante los utiliza hasta donde se le permita. Sin embargo, ello no quiere decir que no existan medios para combatir la interposición de recursos injustificados. El principal de ellos sería posiblemente el aumento de los costes del recurso, de forma que fuera necesaria una mayor probabilidad de que prosperara para que saliera a cuenta su interposición.

⁶¹ Estamos comparando aquí las épocas de rentabilidad mínima y máxima del recurso con los datos de la muestra.

La conclusión de que la ejecución provisional no tiene efectos sobre la tasa de recurso se corroboraba con el análisis de los datos empíricos disponibles. Contrariamente a lo que sugerían algunos autores citados al principio de este estudio, la evolución longitudinal de los datos de la apelación se debería a causas que nada tienen que ver con la facilitación de la ejecución provisional por la LEC 2000, aunque quizá sí fuera debida a otras reformas introducidas por dicha ley. Aunque existen otra variedad de dimensiones de los datos que sería interesante verificar para confirmar esta conclusión –por ejemplo, las empresas deberían ser más propensas a apelar que las personas físicas, en sectores de alta rentabilidad privada debería ser más probable el recurso que en otros sectores, etc.–, los datos disponibles del INE y del CGPJ no contienen información al respecto y habremos de esperar a futuras investigaciones.

Para acabar, quisiera recordar que este trabajo no debe leerse como un alegato en contra de la ejecución provisional. Aunque su introducción o facilitación no disminuya los recursos injustificados, es deseable que exista y que sea posible puesto que constituye una dimensión fundamental de una tutela efectiva, al acercar el momento del disfrute del derecho al momento de obtención de la sentencia. Este es un efecto que también la mayor parte de la doctrina aprecia en la ejecución provisional y que, en este trabajo, se defiende. Si acaso, la observación de que basta una muy pequeña probabilidad de que prospere el recurso para que el demandado quiera recurrir, justifica la posibilidad de obtener una ejecución provisional amplia.

6. Anexo

	Obs.	Max.	Min.	Media	Des. Est.
LEC 2000	9	1	0	.444	.527
Tasa judicial	9	1	0	.222	.441
Rentabilidad del recurso	9	4.35	-1.2	2.167	2.156
Sentencias 1ª instancia	9	232536	179908	208856.2	19367.88
Recursos de apelación	9	121137	90349	105052.8	12075.96
Sentencias de apelación	10	90928	66376	81093.6	7397.94
Sentencias de apelación confirmatorias	10	56587	39480	49324.9	4922.75

7. Bibliografía

BANCO DE ESPAÑA (2004), *Central de balances. Resultados anuales de las empresas no financieras* (www.bde.es).

Lluís CABALLOL ANGELATS (1993), *La ejecución provisional en el proceso civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona.

-- (2000), "La ejecución provisional de resoluciones judiciales", en Jaime ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la Ley 1/2000*, Tomo III, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad Ed., Barcelona, p. 23.

Francisco CABRILLO RODRÍGUEZ y Santos PASTOR PRIETO (2001), *Reforma judicial y economía de mercado*, VII Premio Círculo de Empresarios.

Juan CÁMARA RUIZ (2001), "La ejecución provisional", en Manuel ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Aranzadi, El Cano, 2ª ed., p. 939.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2000), *Memoria Anual 2000* (www.poderjudicial.es).

-- (2004a), *Memoria Anual 2004* (www.poderjudicial.es).

-- (2004b), *La justicia dato a dato 2004* (www.poderjudicial.es).

-- (2005a), *Memoria Anual 2005* (www.poderjudicial.es).

-- (2005b), *La justicia dato a dato 2005* (www.poderjudicial.es).

Robert COOTER y Thomas ULEN (2003), *Law & economics*, 4ª ed., Addison Wesley Longman, Reading.

Juan DAMIÁN MORENO (2003), "Ejecución provisional de sentencias y libertad de expresión", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 601, Parte Opinión.

Andrés DE LA OLIVA SANTOS (1999), "El proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998, y la protección del crédito: ejecución provisional y proceso monitorio", *Diario La Ley*, Tomo 2, Ref. D-57.

José DE LUNA GUERRERO (1984), "El sistema de recursos y la ejecución provisional en el proyecto de reforma urgente y parcial de la ley de enjuiciamiento civil", *Diario La Ley*, Tomo 3, p. 864.

Fernando-Ricardo DÍAZ MARTÍN (1999), "La ejecución provisional de resoluciones judiciales en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", *Diario La Ley*, Tomo 3, Ref. D-146.

Xulio FERREIRO BAAMONDE (2001), "El procedimiento de ejecución provisional de resoluciones judiciales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista Justicia*, nº 2-4, p. 289.

José GARBERÍ LLOBREGAT (2001), "La ejecución provisional en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Aranzadi Civil*, nº 19, Parte Estudio.

Julio GARCÍA CASAS (2001), "La ejecución provisional y la seriedad de la justicia", *Revista Justicia*, nº 2-4, p. 33.

Gemma GARCÍA-ROSTÁN CALVIN (2002), "La revocación de sentencias de primera instancia ejecutadas provisionalmente", *Diario La Ley*, nº 5584, Tomo 5, Ref. D-182, p. 1498.

Agustina HERRANZ GONZÁLEZ (2002), "La ejecución provisional", *Diario La Ley*, nº 5575, Tomo 4, Ref. D-171, p. 1949.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, INEBASE, ESTADÍSTICA JUDICIAL (2006), (www.ine.es).

Cristina JIMÉNEZ SAVURIDO y Santos PASTOR PRIETO (2004), "Informe sobre la justicia civil", Observatorio Justicia y Empresa (www.colegio.juridico.ie.edu/observatorio/).

Vicente MAGRO SERVET (2001), "La ejecución provisional de las condenas no dinerarias", *Diario La Ley*, Tomo 2, Ref. D-69.

Joaquim MARTÍ MARTÍ (2002), "La ejecución provisional de sentencias en los juicios de desahucio", *Diario La Ley*, nº 5573, Tomo 4, Ref. D-169, p. 1939.

Rafael MOZO MUELAS (1989), "Razones que hacen desaconsejable e ineficaz la ejecución provisional de las sentencias", *Diario La Ley*, Tomo 4, p. 959.

Julio J. MUERZA ESPARZA (2000), "Algunas consideraciones sobre la ejecución provisional en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Aranzadi Civil*, nº 16, Parte Estudio.

Manuel ORTELLS RAMOS (1985), "Comentario al art. 385", en Valentín CORTÉS (coord.), *Comentarios a la reforma de la ley de enjuiciamiento civil*, Ed. Tecnos, Madrid, p. 279.

María Alodia ORTIZ MARTÍNEZ y Juan Francisco FERNÁNDEZ ROS (2002), "La ejecución provisional de la sentencia en la LEC", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 10, (www.uv.es/~ripj/).

Santos PASTOR PRIETO (2003), "Dilación, eficiencia y costes, ¿Cómo ayudar a que la imagine de la Justicia se corresponda mejor con la realidad?", Fundación BBVA Documento de Trabajo nº 5/2003 (www.fbbva.es).

Jesús PÉREZ DE LA CRUZ OÑA (2005), "La ejecución provisional en la Ley de Enjuiciamiento Civil a debate", *Diario La Ley*, nº 6215, Ref. D-68.

Alfonso PÉREZ GORDO (1973), *La ejecución provisional en el proceso civil*, Librería Bosch, Barcelona.

Richard A. POSNER (1998), *Economic analysis of law*, 5ª Ed., Aspen Publishers, New York.

Francisco RAMOS ROMEU (2006), *La tutela cautelar civil. Un Análisis Jurídico-Económico*, Ed. Atelier, Barcelona.

Milagros SEBASTIÁN OTONES (2001), "Regulación de la ejecución provisional en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 30/2001, Parte Boletín.

Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (2000), *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona.

Steven SHAVELL (2004), *Foundations of economic analysis of law*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.

María Ángeles VELÁZQUEZ MARTÍN (2001), "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución provisional en el proceso civil", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 37/2001, Parte Estudio.