



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL

Revista del Poder Judicial

84

Cuarto
Trimestre
2006

Editor

Consejo General del Poder Judicial

Director

Luis Aguiar de Luque

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Consejo de Redacción

Ricardo Alonso García

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid*

Carmen Calvo Sánchez

*Catedrática de Derecho Procesal. Universidad
de Salamanca*

Juan Carlos Campo Moreno

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Manuel Campos Sánchez-Bordona

Magistrado del TS. Sala Contencioso-Administrativo

Silvia Díaz Alabart

*Catedrática de Derecho Civil de la Universidad
Complutense de Madrid*

Joaquín Giménez García

Magistrado del TS. Sala de lo Penal

Javier Martínez Lázaro

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

José Merino Jiménez

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Gonzalo Moliner Tamborero

Magistrado del TS. Sala de lo Social

Juan Montero Aroca

*Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de
Valencia. Magistrado de la Sala Civil y Penal TSJ
Valencia*

Pablo Pérez Tremps

Magistrado del Tribunal Constitucional

José Luis Requero Ibáñez

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Carlos Ríos Izquierdo

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Secretaria

Celima Gallego Alonso

Magistrada

Jefa de Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del Consejo General del Poder Judicial

La Revista no se identifica necesariamente con el contenido de los trabajos que se publican en ella, cuyos originales deberán remitirse reseñando nombre y apellidos, destino profesional, domicilio y N.I.F. de su(s) autor(es).

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

© 1986 by Consejo General
del Poder Judicial

Depósito legal: M. 12.338-1990

ISSN: 1139-2819

Imprime: Lerko Print, S.A.

Paseo de la Castellana, 121. 28046 Madrid



PAPEL RECICLADO Y ECOLÓGICO 100%
EL C. G. P. J. CONTRIBUYE A CONSERVAR
EL MEDIO AMBIENTE

SUMARIO

ESTUDIOS

DERECHO PENAL

1. JESUS PÓRFILO TRILLO NAVARRO: *Complice Penal vs. Cómplice Concursal. Soluciones penales a problemas mercantiles: arts. 28 y 29 del Código Penal en relación a los arts. 166 y 172.1 y 2.1.º de la Ley Concursal* 11-64

DERECHO ADMINISTRATIVO

2. JOSÉ LUIS SÁNCHEZ DÍAZ: *Despliegue de infraestructuras fijas de telecomunicaciones y su régimen jurídico. las licencias y autorizaciones municipales para la instalación de redes de comunicaciones electrónicas* 65-93

DERECHO MERCANTIL

3. JOSÉ MACHADO PLAZAS Y FRANCISCO TUSQUETS TRIÁS DE BES: *La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales. (A propósito de la aplicación judicial de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL y las reformas legales recientes* 95-120
4. LUIS ANTONIO SOLER PASCUAL: *La marca anterior como causa de oposición al registro de una marca comunitaria. Y un caso del Tribunal Comunitario español* 121-154

DERECHO PROCESAL CIVIL

5. JOSÉ BONET NAVARRO: *Algunas cuestiones candentes en torno al juicio de desahucio por falta de pago* 155-187

DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

6. GUILLERMO PALAO MORENO: *La falta de alegación y prueba del Derecho extranjero en el Orden Social* 189-212
7. M.^ª LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ: *Construyendo espacios para la acción: nivel, ámbito y estructura de la negociación colectiva* 213-274

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

8. ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ, DUNIA MARINAS SUÁREZ Y MAITE ZELAIA GARAGARZA: *Crónica de la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tercer trimestre de 2006)* 277-297

JOSÉ BONET NAVARRO

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universitat de València (Estudi General)
Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Valencia

Algunas cuestiones candentes en torno al juicio de desahucio por falta de pago

SUMARIO: I. Problemática en la determinación del órgano jurisdiccional competente objetivamente. II. La discutida cuantificación del pleito. III. Consideraciones sobre algunos problemas relativos a la posibilidad de enervación. 1. La ampliación a las fincas rústicas por mor del art. 25 a) de la Ley de Arrendamientos Rústicos. 2. Sobre posibles fórmulas genéricas en el previo requerimiento de pago que haga inviable la enervación. 3. Plazo para su efectividad. 4. Precepto aplicable en relación con el pronunciamiento sobre las costas. IV. Algunos problemas interpretativos acerca de la posibilidad de condonación condicionada. V. Indefinición del ámbito de la sumariedad y límites a la inexistencia de cosa juzgada. 1. Las llamadas «cuestiones complejas» como concepto de contornos poco definidos. 2. Sumariedad del juicio de desahucio en los supuestos de acumulación a la pretensión de reclamación de las rentas. 3. Límites a la exclusión de la cosa juzgada. VI. Aspectos destacables de la previsión del art. 440.3 *in fine* LEC por la que se sustituye la rebeldía por la directa estimación de la pretensión. VII. El desahucio de finca urbana por falta de pago como juicio no tan rápido como se pretende. VIII. Ámbito de aplicación del art. 499.2 LEC por el que la satisfacción de rentas es *conditio sine qua non* para la admisión y mantenimiento de los recursos. IX. Sobre la discutida admisibilidad de la ejecución provisional y su régimen de oposición. 1. Admisibilidad de la ejecución provisional. 2. Régimen de la oposición.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), contiene una importante serie de especialidades aplicables a los juicios en los que se pretende la condena a entregar un inmueble arrendado o en situación de precario¹, esto es, el conocido como «juicio de desahucio».

¹ En mi opinión, el juicio de desahucio se identifica, más que por la cantidad o calidad de las especialidades que reciba o por su específica adecuación procedimental por la materia, en que la pretensión fundamental es la petición de condena del demandado a entregar el inmueble.

Algunas de estas especialidades son comunes a todos estos juicios, como las reglas sobre adecuación de procedimiento (art. 250.1.1.º LEC) o la indisponibilidad de fuero (art. 52.1.7.º LEC); otras veces, en cambio, están previstas en función de criterios varios, incluso ocasionalmente dependen de la específica relación que une a las partes, como la existencia de un convenio arbitral o de una situación de precario.

Para todo juicio de desahucio de finca arrendada se exige manifestar y acreditar la previa satisfacción de «las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas», como *conditio sine qua non* de la admisión y mantenimiento de los recursos (art. 449 LEC). Asimismo, a los desahucios basados en determinadas causas resolutorias de la relación arrendaticia (la extinción del plazo o la falta de pago) le corresponden especialidades de mayor o menor relevancia como son ciertas particularidades en la designación de abogado y procurador (art. 33.3 LEC) o la posibilidad de designar como domicilio del demandado la vivienda o local arrendado. Y de mucho mayor calado resultan las que corresponden cuando la causa de resolución es concretamente la falta de pago porque, además de las anteriores, se contempla la posibilidad de acumular la pretensión de desahucio con la reclamación de las rentas (art. 483.1.3.3.ª LEC), la limitación del ámbito de cognición exclusivamente al pago o las circunstancias relativas a la enervación (art. 444.1 LEC) y, como consecuencia de esta sumariedad, la exclusión del efecto de cosa juzgada a la sentencia que ponga fin al juicio (art. 447.2 LEC). Por último, cuando además el desahucio por falta de pago verse sobre inmueble urbano, junto a todo lo anterior, se prevé la posibilidad de anunciar el compromiso de condonación (art. 437.3 LEC), se reduce a la mitad el plazo general para dictar sentencia (art. 447.1 LEC) y hasta se establecen unas medidas de agilización procesal específicas en ciertos supuestos (Disposición Adicional quinta LEC).

Toda esta vasta regulación ha supuesto, en primer lugar, que frente a la diversa y dispersa regulación precedente, más que ante un juicio especial nos encontremos con un juicio ordinario con especiali-

ble previa declaración de resolución del derecho arrendaticio o la constatación de una situación de precario. La recuperación del bien inmueble de su poseedor implicará por tanto poner fin a la posesión del ocupante y, en su caso, el consiguiente lanzamiento del mismo. Así y todo, son habituales posiciones restrictivas. Por ejemplo, GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil, II. Los procesos especiales*, (con MORENILLA), Madrid, 2005, pág. 119, lo define como aquél cuyo objeto principal lo constituye la «recuperación por el arrendador de la posesión del inmueble cedida mediante un contrato de arrendamiento, fundada en la extinción de dicho contrato por impago de la renta o terminación de su plazo».

dades puesto que, no obstante la cantidad y calidad de las especialidades antes reseñadas, no se altera la estructura procedimental del juicio verbal adecuado para esta materia²; en segundo lugar y sobre todo, que los problemas interpretativos y de aplicación práctica no reciban siempre respuestas uniformes por la doctrina ni por la jurisprudencia.

Como en el juicio por desahucio de finca urbana por falta de pago son aplicables todas las especialidades procesales previstas por el legislador en materia de recuperación de la posesión de inmueble arrendado, estimo que resulta oportuno contribuir a dar respuesta a algunas cuestiones selectas, las más problemáticas, que plantea la regulación referenciada.

I. PROBLEMÁTICA EN LA DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE OBJETIVAMENTE

La atribución de competencia objetiva, en principio, ofrece escasas dificultades. La competencia objetiva corresponderá exclusivamente al Juzgado de Primera Instancia a pesar de que ningún precepto lo establece expresamente. Será así dada la naturaleza civil de la pretensión (arts. 85.1 Ley Orgánica del Poder Judicial —LOPJ— y 45 LEC) y por la específica naturaleza del juicio por desahucio por falta de pago que excluye la posible competencia de otros órganos como la de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 73.2 LOPJ) o Tribunal Supremo (arts. 56.2 y 3 ó 61.1.3.º LOPJ) o los juzgados de paz (art. 47 LEC en relación con los arts. 100.1 y 99.1 LOPJ).

Esta inicialmente sencilla determinación de la competencia objetiva empieza a empañarse en la medida que puedan resultar competentes los Juzgados de lo Mercantil para conocer de los juicios por desahucio. A pesar de que los arts. 86 ter LOPJ y 8 de la Ley Concursal parecen excluirla, la doctrina y jurisprudencia se manifiestan favorables a su atribución competencial³. Así y todo, la posición doc-

² Por un importante sector doctrinal hasta por alguna jurisprudencia se mantiene que se trata de un genuino proceso especial. Así entre otros, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, «El proceso de desahucio», en *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, Madrid, 2.ª ed., 2000, pág. 121. MONTERO AROCA, Juan, y FLORS MATÍES, José, *Tratado de Juicio Verbal*, Cizur Menor, 2.ª ed., 2004, pág. 181. MARTÍN CONTRERAS, Luis, *Los arrendamientos urbanos en el Código Civil*, Granada, 2002, pág. 269. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, por ejemplo, SAP Balears (Secc. 5.ª), 5 de diciembre de 2005. Ponente: D. Santiago Oliver Barceló. AC 2005/2321.

³ Entre otros, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro María, *Los nuevos Tribunales de lo Mercantil*, Cizur Menor, 2004, pág. 95. BANACLOCHE PALAO, Julio, *Los Juzgados de lo Mercantil. Régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Cizur Menor, 2005.

trinal no resulta tan firme para otros autores, debido a que el concepto «acciones civiles con trascendencia patrimonial» puede plantear dificultades a la hora de su precisa delimitación, con el posible riesgo de que surjan cuestiones de competencia⁴. Al final, su atribución concreta quedará al discrecional criterio del juzgador, con las dosis de inseguridad jurídica que implica⁵.

Y para terminar de complicar la cuestión, se presenta el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la ley 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, en materia de justicia de proximidad y consejos de justicia⁶, por el que la competencia objetiva para conocer de los desahucios de finca urbana por falta de pago, en lugar de a los Juzgados de primera instancia, se atribuirá a los llamados Juzgados de proximidad que se crearán en determinados partidos judiciales⁷.

Al contrario de lo manifestado en la Exposición de Motivos del Proyecto, estos juzgados no serán un primer escalón o peldaño de la organización judicial, sino que en realidad se insertarían al mismo nivel, entre los de primera instancia y los mercantiles, si bien para conocer asuntos de los llamados «bagatela» y, entre ellos, los desahucios de finca urbana por falta de pago (art. 4.1 Proyecto que introduciría el art. 46 bis LEC). Por tanto, los juzgados de proximidad, en los lugares en que se implanten, compartirán al mismo nivel que los juzgados de primera instancia esta atribución de competencia. De ese modo, se introducen nuevas dosis de complejidad y, respecto de los lugares en que no se hayan implantado, incluso desigualdades poco justificadas.

Por último, la posible acumulación de la reclamación de rentas todavía plantea nuevos interrogantes puesto que a estos Juzgados de proximidad únicamente se les atribuye competencia en los asuntos que no superen tres mil euros, cuando el art. 438.3.3.^a LEC autoriza

pág. 128. VALPUESTA GUSTAMINZA, Eduardo, «Enervación de desahucio en arrendamientos urbanos», en *Comentarios a la Ley Concursal* (dir.: CORDÓN), Cizur Menor, 2004, pág. 541.

⁴ CORDÓN MORENO, Faustino, *Proceso Concursal*, Cizur Menor, 2003, págs. 49 y 109.

⁵ GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, Borja, «Jurisdicción, competencia territorial, objetiva y funcional del juez del concurso», en *Comentarios a la Ley Concursal*, (Coors.: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y SÁNCHEZ ÁLVAREZ), Madrid, 2004, pág. 63.

⁶ Sobre algunos aspectos de esta reforma, véase GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, Manuel, «Breve aproximación a las competencias de los Juzgados de Proximidad en la proyectada reforma procesal», en *La Ley*, núm. 6526, 14 de julio de 2006. TRIGO SIERRA, Eduardo y ANDRÉS CIURANA, Baldomero, «La Justicia de Proximidad y los Consejos Autonómicos», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2006, núm. 13, págs. 75-9.

⁷ Según el art. 1.5 del Proyecto que introducirá un art. 97 bis LOPJ, «en los municipios donde exista Juzgado de primera instancia e instrucción, y tengan régimen municipal especial o se cumplan las exigencias del artículo 121.1 de la Ley de Bases de Régimen local», y «extenderán su jurisdicción a todo el término municipal y, en su caso, al partido judicial correspondiente».

la acumulación con independencia de la cuantía de la reclamación. De ese modo, la acumulación por importes superiores a tres mil euros parece que podrá ser inadmitida, pero solamente en aquellos partidos judiciales en los que se implanten estos Juzgados de proximidad. Las complicaciones y desigualdades se multiplican de ese modo. Y en el caso de que se introduzcan previsiones específicas al respecto, la alternativa no se presenta precisamente más favorable puesto que se incidirá todavía más en la incoherencia de que objetos cuya tramitación corresponde sustanciarse como regla general mediante el juicio ordinario como proceso más garantista, no solamente se tramitarán por otro más abreviado como el juicio verbal sino que serán conocidos por Juzgados preparados para materias «bagatela».

II. LA DISCUTIDA CUANTIFICACIÓN DEL PLEITO

Como es sabido, la importancia de la cuantificación del pleito va más allá de su eventual adecuación procedimental por la cuantía. En primer lugar, el art. 253.1 LEC exige que el actor la exprese justificadamente en su «escrito inicial» y, además, podrá tener interés práctico en otros aspectos como el posible carácter facultativo de la postulación para determinados importes (arts. 23.2.1.º y 31.2.1.º LEC)⁸, los límites en la cuantificación de las costas (art. 394.3

⁸ Aunque con relativa importancia en los juicios de desahucio, puesto que tal y como se han previsto las normas de cuantificación, generalmente se superará dicho importe, problema general de todo juicio verbal adecuado por la materia es si en tales procesos se entiende preceptiva la postulación en todo caso, o si lo será solamente cuando la cuantía del pleito supere los novecientos euros. Mantienen su preceptividad general autores como DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «De la representación y la defensa técnica», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con DÍEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE), Madrid, 2001, pág. 127; HERRERO PEREZAGUA, J. F., *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil*, Madrid, 2000, pág. 82; o CARRERAS MARANA, Juan Miguel, «La determinación de la cuantía de la causa en los procesos arrendaticios», en *Práctica de Tribunales*, núm. 2, febrero 204, pág. 14. También en esa línea alguna jurisprudencia, como la SAP Lleida (Secc. 2.º), 19 de marzo de 2002. Ponente: D. Albert Guillanya Foie. EDJ 2002/15045. Por el contrario, otros autores opinamos que dependerá de la cuantía, básicamente porque los arts. 23 y 31 LEC excepcionan esta preceptividad para aquellas inferiores a novecientos euros, con independencia de la adecuación procedimental, y por el hecho de que el art. 253.1 LEC exija fijar en todo caso la cuantía del pleito, a pesar de que ésta no sirva para la adecuación. En esta línea, GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte General*, (con MORENILLA), Madrid, 2004, pág. 127; GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, «La representación procesal y la defensa técnica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», en *TJ*, núm. 1, 2001, págs. 13-4. SAMANES ARA, Carmen, «Las pretensiones procesales basadas en la falta de pago de las rentas de arrendamientos urbanos y la LEC (referencia especial a las modificaciones introducidas por la Disposición Final 3.º de la Ley 23/2003 de 10 de julio)», en *Diario la Ley*, núm. 5853, 19 septiembre 2003; OCHOA MONZÓ, Virtudes, «El juicio de desahucio por falta de pago a la luz de las nuevas reformas de la LEC», en *Práctica de Tribunales*, núm. 2, 2004, págs. 19-32.

LEC), o incluso de las hipotéticas multas por mala fe procesal (art. 247.3 LEC).

Según el art. 251.9.^a LEC, «salvo los que tienen por objeto la reclamación de rentas vencidas, la cuantía de la demanda será el importe de una anualidad de renta, cualquiera que sea la periodicidad con que ésta aparezca fijada en el contrato». A lo que se añade que «no obstante, cuando se reclame la posesión del bien arrendado se estará a lo dispuesto por la regla tercera de este artículo». Regla tercera que a su vez remite a la segunda, de modo que se equipara a otros supuestos de condena de dar bienes muebles o inmuebles, en cuyo caso «se estará al valor de los mismos al tiempo de interponerse la demanda, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase. Para este cálculo podrá servirse el actor de cualesquiera valoraciones oficiales de los bienes litigiosos, si no es posible determinar el valor por otros medios, sin que se pueda atribuir a los inmuebles un valor inferior al que conste en el catastro».

La regulación es meridianamente clara y no ofrece mayores discusiones. Otra cosa son las disfuncionalidades que introduce y los graves inconvenientes que presenta. Equipara el valor de la posesión al de la propiedad y, sobre todo, provoca montos desproporcionados de costas en relación con la generalmente escasa entidad del asunto⁹. Sin duda estos inconvenientes están en la base de una interpretación, en mi opinión claramente *contra legem*, por la que se mantiene que la cuantía se determinará por una anualidad de renta¹⁰. Se argumenta para ello, junto a los inconvenientes apuntados, que la recuperación del inmueble no es la verdadera y directa pretensión del proceso arrendaticio, sino la resolución del vínculo locativo conforme a los arts. 1124 CC y 27 LAU¹¹.

No obstante las ventajas que presenta esta interpretación, y sin perjuicio de posiciones *lege ferenda* que razonablemente puedan mantenerse, *lege lata* no cabe otra interpretación más que la aplica-

⁹ También tendrá otras consecuencias negativas en relación con los límites máximos de las sanciones posibles por la llamada mala fe procesal, que se situará en el máximo previsto en el art. 247.3 LEC; y, al margen del criterio restrictivo que con discutible fundamento mantiene el Tribunal Supremo (Junta General celebrada el 12 de diciembre de 2000, y múltiples resoluciones que a partir de entonces la aplican), hasta en la posible admisibilidad del recurso de casación (art. 477.2.2.^o LEC), a pesar de la escasa entidad del asunto.

¹⁰ Ejemplo de esta posición en la jurisprudencia es, entre otras, la SAP Málaga (Secc. 6.^a), 2 de mayo de 2002. Ponente: D. José Javier Díez Núñez. EDJ 2002/38959.

¹¹ CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel, «La determinación de la cuantía de la causa en los procesos arrendaticios», cit., págs. 15-8, añade que esta posición es «de corte más realista y más lógico», y su «más ponderado».

ción directa del art. 251.9.^a, que sin dudas conduce a que la cuantía del pleito ha de corresponderse con el valor del inmueble¹².

El deslinde entre la pretensión de declaración de resolución contractual y el deber de prestación —el lanzamiento— que lleva implícito, carece de fundamento alguno¹³. Al margen de que la fijación en una anualidad no resulta útil para ciertos juicios de desahucio como los que derivan del precario en tanto en cuanto en los mismos es esencial la inexistencia de dicha renta, ha de recordarse que toda pretensión de condena lleva implícita una previa declaración sin que ello implique que el objeto «directo y principal» deba ser la previa declaración y no en cambio el deber de prestación que supone. Es más, la congruencia de dicho deslinde de pretensiones habría de implicar el absurdo de que todas las pretensiones de condena fueran «directa y principalmente» mero declarativas. Y es claro que la pretensión en un juicio de desahucio de finca arrendada es de condena, lo que supone tanto una previa declaración (la resolución contractual) como el deber de prestación que lleva implícita (el abandono y puesta a disposición de la finca por el arrendatario). De otro lado, la solución al problema de la tasación desproporcionada de las costas no debería conducir a interpretaciones claramente contrarias a las disposiciones más o menos adecuadas que son Derecho vigente, sino que habrá de paliarse por otras posibles vías, como pueden ser los propios criterios orientadores en materia de honorarios¹⁴ y, en todo caso, a los meros efectos de la eventual tasación de las costas.

Cuantificado el pleito por el valor del inmueble conforme al art. 251.9.^a LEC, en el caso de pluralidad de objetos consecuencia de la acumulación de «acciones» (expresamente prevista en el art. 438.3.3.^a LEC), considero que la cuantía no habría de superar en ningún caso el valor del bien. Aunque la pretensión de reclamación de rentas sea una obligación personal, la lógica y la justicia material imponen una aplicación lo suficientemente amplia del art. 252.3.^a LEC para que no se supere dicho valor, al menos en condiciones de normalidad. Este art. 252.3.^a sin duda no se refiere a la acumulación

¹² Así lo mantiene más correctamente otra jurisprudencia. Por ejemplo, la SAP Las Palmas (Secc. 3.^a), 7 de septiembre de 2002. Ponente: Dña. Carolina Mesa Marrero. EDJ 2002/83146.

¹³ En mi opinión, la resolución del contrato de arrendamiento, si bien supone constatar jurisdiccionalmente la falta de pago, lo que dará lugar, conforme al art. 27 LAU, la extinción de la relación contractual y de ese modo el derecho del arrendatario a la ocupación, no se trata de una pretensión constitutiva, sino de condena. Es así porque comporta un deber de prestación, la entrega del inmueble, que es lo que en realidad se pretende y lo que permite abrir un proceso de ejecución de otro modo inadmisibles (art. 521 LEC).

¹⁴ Así lo advierte HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, «Consideraciones sobre la tutela del arrendador a través del proceso de desahucio», en *Aranzadi Civil*, núm. 21/2004, nota 16.

de pretensiones posesorias con otras estrictamente personales de modo que tampoco la excluye; y resulta cuanto menos aconsejable que el límite cuantitativo que impone opere mientras permanezcamos en la esfera de la recuperación de la posesión del bien y la reclamación del pago consecuencia de esa misma posesión.

III. CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS RELATIVOS A LA POSIBILIDAD DE ENERVACIÓN

El art. 22.4 LEC contempla la posibilidad de enervación y viene acompañado de otros preceptos que entran en íntima conexión con el mismo (arts. 439.3 y 440.3 LEC). Esta regulación merece alguna consideración.

1. La ampliación a las fincas rústicas por mor del art. 25.a) de la Ley de Arrendamientos Rústicos

En cuanto que el art. 22.4 LEC se refiere expresamente a «los procesos de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades asimiladas», la posibilidad de enervación quedaba reservada a las fincas urbanas. Sin embargo, en la actualidad esta facultad sin duda ha de verse ampliada también a las fincas rústicas por aplicación del art. 25.a) de la Ley de Arrendamientos Rústicos (en adelante LAR), modificado mediante la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, cuando dispone con toda rotundidad que «el derecho de enervación de la acción de desahucio en los mismos términos previstos en las leyes procesales para los desahucios de fincas urbanas». Ahora bien, lo que ya no resulta tan obvio es si esta aplicación a las fincas rústicas del «derecho de enervación» comprende todos los preceptos conexos, sobre todo el art. 439.3 LEC.

La referencia genérica a que corresponderá a las fincas rústicas el «derecho de enervación de la acción de desahucio en los mismos términos previstos en las leyes procesales» no es suficiente para entender aplicable también a estas mismas fincas el art. 439.3 LEC. Esta referencia al derecho de enervación a favor del demandado no alcanza en principio a los deberes del demandado, y mucho menos en este supuesto, cuando el ejercicio del derecho por el demandado se ve suficientemente favorecido con la indicación que el órgano jurisdiccional ha de formularle en la citación de la vista conforme al art. 440.3 LEC. Y en todo caso, la referencia hecha en el art. 25 a) LAR

no permite concluir que por esa vía se está contemplando una causa de inadmisión de la demanda expresamente prevista en la ley, de modo que, si en los términos del art. 403.1 LEC «las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas» el art. 439.3 LEC no operará para que en los juicios por desahucio de fincas rústicas se inadmitan demandas, por no encontrarse expresamente prevista esta posibilidad.

2. Sobre posibles fórmulas genéricas en el previo requerimiento de pago que haga inviable la enervación

Conforme el art. 22.4.II LEC, el derecho de enervación no será de aplicación «cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior, ni cuando el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario¹⁵, por cualquier medio fehaciente, con, al menos, dos meses de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación». Este requerimiento ha de ser de pago o, en otros términos, contendrá la conminación para que se produzca la satisfacción de la cantidad debida en concreto durante un plazo que, tras la reforma operada por la Ley 23/2003, será de dos meses a partir de la recepción de la notificación.

Las dudas se plantean en lo relativo a las consecuencias que acarrea el incumplimiento de la conminación de pago. La jurisprudencia suele ser altamente exigente cuando impone que la advertencia deba ser «clara y terminante de todas las consecuencias jurídicas inherentes a su impago, de tal modo que el inquilino comprenda todas las consecuencias jurídicas inherentes a su impago». De ahí la conveniencia de que se indique con toda claridad que el incumplimiento del pago va a privar del derecho a la enervación.

El problema se plantea cuando se utilicen fórmulas más o menos genéricas, como sería aludir a los efectos «correspondientes», «legalmente previstos», «establecidos en el art. 22.4 LEC», y otros similares. En mi opinión, se hace necesario atemperar la rigurosidad con que la jurisprudencia valora la advertencia a los efectos de otorgarle efectos excluyentes de la enervación.

¹⁵ MAGRO SERVET, Vicente, «La enervación en el juicio de desahucio como modo de terminación anormal del proceso», en *Práctica de Tribunales*, núm. 27, 2006, pág. 54, estima que será válido el realizado a un tercero, ya que el art. 161 LEC ha excluido a los vecinos, lo que se puede extrapolar a la interpretación del art. 22.4 LEC, incluso aunque fuere familiar.

Dada la especial situación que supone una relación arrendaticia, sobre todo si es de inmueble urbano, condicionada por la necesidad de estabilidad y por las graves consecuencias que el impago traerá aparejadas en orden a la extinción de la relación, el punto de partida suele ser que la enervación consiste en un derecho que se otorga al demandado. Partiendo de este derecho, su exclusión legal se considera una norma restrictiva de derechos, de modo que, como tal, ha de ser interpretada restrictivamente. Por el contrario, cabría plantearse si no se trata más bien de un cierto privilegio que, además de no concederse a ningún otro deudor más que al arrendatario que ha dejado de pagar sus rentas¹⁶, ampara en demasiadas ocasiones actitudes que no se corresponden exactamente con la buena fe del deudor. Desde esa perspectiva, cabe inferir que el hecho de no pagar implica un incumplimiento que, sin mayores disquisiciones ni necesidades de aclaración, cualquiera puede entender que lleva aparejadas consecuencias gravísimas; hasta el punto de que la mera oportunidad de pago ofrecida con el requerimiento habría de permitir *per se* y sin mayores consideraciones excluir una nueva oportunidad para realizar un pago ya requerido previamente.

De hecho, el requerimiento previo de pago está otorgando más ventajas para el deudor que la propia enervación, pues no solamente permitirá excluir el proceso, con la consiguiente resolución procesal que la establezca, sino ir más allá, haciendo inexistente la *causa petendi* de un ulterior proceso, de modo que en consecuencia, en caso de iniciarse, la resolución procedente en el mismo sería la de desestimación de la pretensión, con el mantenimiento de la facultad de enervar. Siendo así, podría reputarse como excesiva la exigencia de que en el requerimiento se explique con exactitud al deudor cuáles son las consecuencias concretas que trae aparejado el incumplimiento del requerimiento. En mi opinión, la enervación encuentra cierta justificación para que situaciones tales como descuidos o determinadas situaciones transitorias no permitan sin más la resolución contractual y el posterior lanzamiento, pero no se justifica para amparar «derechos» a favor de arrendatarios renuentes que ya han sido fehacientemente requeridos para pagar, habiendo incumplido durante un espacio de tiempo lo suficientemente extenso como para poner en evidencia la voluntad incumplidora.

¹⁶ Como privilegio se denomina por alguna resolución judicial como, por ejemplo, la SAP Asturias (Secc. 5.ª), 23 de febrero de 2004. Ponente: Dña. María José PUEYO MATEO. AC 2004/337.

3. Plazo para su efectividad

El *dies a quo* para que el deudor realice el acto enervador se corresponderá en principio con el del inicio de la litispendencia¹⁷. Ahora bien, el momento en que normalmente el deudor podrá ejercer su derecho enervador se traslada a un estadio posterior: al de la citación para la vista, puesto que se supone que en dicho acto el deudor toma conocimiento del pleito. El problema se plantea, así, en los efectos que se otorgarán al pago o puesta a disposición en el periodo de tiempo que media entre el inicio de la litispendencia (presentación de la demanda condicionada a su admisión en virtud del art. 410 LEC) y la citación.

Una vez más nos encontramos con posiciones jurisprudenciales contradictorias. De un lado quienes opinan que con anterioridad a la citación el pago no ha de reputarse como enervación, de modo que no solamente excluirá la acción sino el propio fundamento de la pretensión¹⁸; de otro, la posición doctrinal mayoritaria estima que todo pago o puesta a disposición pendiente el litigio ha de considerarse enervación¹⁹.

En mi opinión, es más correcta esta segunda posición siempre que su aplicación automática no vacíe de contenido la facultad de enervación. Salvo que el pago quepa ser realizado mediante ingreso o transferencia bancaria, o a través de fórmulas similares, la satisfacción dentro del plazo de dos meses puede quedar a expensas de la actitud evasiva que adopte el arrendador a pesar de la voluntad cumplidora del arrendatario. Cabe que el plazo de dos meses resulte insuficiente para que un arrendatario poco informado o asesorado reaccione ante esta actitud consignando las rentas; y, por esa vía, que al final el arrendador provoque enervaciones injustificadas y, así, que el arrendatario pierda la facultad real de enervar en tanto que lo que pretendía era un pago que le hubiera mantenido subsis-

¹⁷ Sin perjuicio de que en algunos casos, principalmente por determinadas irregularidades en la citación a la que se refiere el art. 440.3 LEC, sean admisibles consignaciones intertemporales con efecto no solamente excluyente de la acción de desahucio sino del propio fundamento de la pretensión.

¹⁸ Entre los principales argumentos se encuentra que la citación es el momento en que el arrendatario recibe la prevención sobre la posibilidad de enervar, y la información que conlleva se hace necesaria; o que no se fija el *dies a quo* y la relación jurídico-procesal se constituye con la citación.

¹⁹ Entre los principales argumentos se sostiene que frente a lo que preveía el art. 1563 LEC 1881, no se fija en el momento de la citación; la enervación se condiciona al pago de las cantidades reclamadas en la demanda; o por efecto de la llamada «perpetuación de la jurisdicción» que conforme al art. 410 LEC se inicia con la demanda, si después es admitida.

tente en el futuro esa facultad²⁰. Por el contrario, no ha de pasar por alto que igualmente podría quedar sin contenido la facultad de enervar como consecuencia de la «intuición» del arrendatario que, quizá por ser algo previsible tras su incumplimiento y favorecido por un sistema de notificaciones no siempre adecuado, permita prever antes de la citación el inicio de juicio de desahucio por falta de pago contra él.

Lo relevante es, en definitiva, que el pago o puesta a disposición se produzca iniciada la litispendencia. Pero esto no es exactamente lo mismo que sea, como insiste la jurisprudencia, por la aplicación de la «perpetuación de la jurisdicción». Según el art. 411 LEC, ésta implica que las alteraciones producidas una vez iniciado el proceso en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio... «no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia». Y el argumento para entender qué ha de considerarse enervación y no tardía satisfacción se fundará más bien en lo previsto por el art. 413 LEC, cuando establece como regla general la prohibición y no atendibilidad de los cambios introducidos en el estado de hechos extraprocesal relevante para el sentido de la sentencia.

Por su parte, el *dies ad quem* es muy claro al fijar el momento en que ha de producirse el hecho enervador: el inmediatamente anterior a la celebración de la vista. Otra cosa es cuándo habrá de ser alegado y acreditado, pues cabe la posibilidad de ser introducido en los momentos iniciales de la vista (en cuanto se dé la palabra al demandado). El plazo, por tanto, se ampliaría como consecuencia de eventuales aplazamientos en el señalamiento de la vista (art. 183 LEC), de suspensiones de la misma, y hasta en casos de repeticiones consecuencia de una declaración de nulidad y retroacción de actuaciones decretada conforme a los arts. 225 a 231 LEC en relación con los arts. 238 a 243 LOPJ²¹. Aplazamiento que, en cambio, no será procedente cuando la vista se interrumpiera, al haberse ya iniciado ésta.

²⁰ Sobre esto llama la atención DAMIÁN MORENO, Juan, «La inquietante doctrina jurisprudencial en torno a la determinación del dies a quo para la enervación del desahucio», en *Diario La ley*, núm. 5935, 19 enero 2004.

²¹ Sobre el régimen de excepciones y matices a la celebración de vistas y comparecencias en el proceso civil, puede verse BONET NAVARRO, José, «Evaluación de la oralidad en el proceso civil español», en VVAA, «VI Congreso Venezolano de Derecho Procesal (Ponencias)», San Cristóbal (Venezuela), 2005, págs. 13-72.

4. Precepto aplicable en relación con el pronunciamiento sobre las costas

Quizá una de las cuestiones más debatidas sea el del precepto aplicable en el pronunciamiento sobre las costas en caso de enervación. La LEC no contiene una referencia expresa. Y la jurisprudencia mayoritaria parece inclinarse, con exclusión de la aplicación del art. 22.1.II LEC y del art. 395 LEC, por imponerlas al demandado arrendatario básicamente por ausencia de una regulación expresa y por aplicación del «criterio del vencimiento», contenido en el art. 394²². Todo ello unido a genéricas consideraciones a la justicia material —lo que enmascara el llamado «principio de causalidad»— por cuanto el demandante se ha visto obligado a litigar por la actitud adoptada por el demandado y porque de no haber procedido a la enervación, se hubiere decretado el desahucio²³. Y terminado de argumentar con consideraciones sobre el carácter de gravamen que no debe soportar quien se ve compelido a iniciar un proceso para hacer efectivos sus derechos, llegando a considerar que la enervación implica una «admisión implícita de los hechos de la demanda por el demandado»²⁴, o un componente de temeridad y mala fe²⁵.

Al margen de su utilidad como argumento de refuerzo, el llamado principio de causalidad no está recogido en nuestra LEC²⁶, de modo que no resulta suficiente para justificar sin más la imposición de las costas al demandado enervante²⁷. Se hace preciso determinar exactamente en qué precepto cabría fundar la condena en costas. En mi opinión, excluido razonadamente el art. 22.1.2 LEC, la disyuntiva se limita a si se aplica el «vencimiento» y por tanto el art. 394 LEC; o, por su analogía con el allanamiento, el art. 395 LEC.

²² Por ejemplo, el AAP Valencia (Secc. 7.ª), 5 de marzo de 2003. Ponente: Dña. María Ibáñez Solaz, extractado y brevemente comentado por GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, Enrique, «Análisis de la reciente jurisprudencia en materia de desahucio», en *Práctica de Tribunales*, núm. 2, 2004, págs. 44-5. Véanse otros ejemplos en MONSERRAT MOLINA, Pedro Eugenio, «Comentario y análisis del artículo 22 LEC. Referencias a resoluciones de Audiencias Provinciales sobre la materia», en *Práctica de Tribunales*, núm. 27, 2006, págs. 49-51. Asimismo,

²³ En similares términos la SAP León (Secc. 3.ª), 11 de junio de 2003. Ponente: no consta. JUR 2004\13424.

²⁴ Entre otras, SAP Barcelona (Secc. 13.ª), 17 de febrero de 2005. Ponente: D. Fernando Utrillas Carbonell. JUR 2005\118401.

²⁵ Así la SAP Córdoba (Secc. 2.ª), 5 de marzo de 2002. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. AC 2002\459.

²⁶ JUAN SÁNCHEZ, Ricardo, *Derecho Procesal Civil*, (con ORTELLS, MASCARELL, CÁMARA, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), Cizur Menor, 6.ª ed., 2005, pág. 655.

²⁷ Opinión en contra, GOMIS I MASQUE, Àngels, «Juicio verbal sobre arrendamientos urbanos y precario», en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, Estudios de Derecho Judicial. CGPJ, Madrid, 2003, pág. 525.

Ante las divergencias doctrinales²⁸, y frente a la no imposición que en todo caso propugna algún autor²⁹, me inclino por la aplicación analógica del art. 395 LEC por los siguientes motivos:

1.º Si la enervación ha tenido como efecto la exclusión del proceso, no parece que se hayan visto rechazadas todas las pretensiones que es el supuesto base para la aplicación del art. 394 LEC. Es más, quien ha visto «rechazadas sus pretensiones, parece que habrá sido en todo caso el propio demandante.

2.º La aplicación del art. 394 LEC implica, no obstante el posible reconocimiento tácito que supone el hecho base de la enervación, atender a un futuro que no solamente es imprevisible como tal, sino que se realiza sin la debida contradicción y ejercicio del derecho de defensa.

3.º Este reconocimiento tácito es lo que, salvando sus diferencias sobre todo en cuanto a sus consecuencias, acerca la enervación al allanamiento. Y esta analogía es especialmente pertinente para la aplicación del art. 395 LEC puesto que éste prevé la regla general de no imposición de costas salvo excepciones: que se aprecie mala fe³⁰.

4.º La analógica aplicación del art. 395 LEC también sirve para el propósito de que el demandado peche con las costas de un proceso que ha provocado. Se trata sencillamente de considerar, lo que no resultará ajeno a la realidad en la mayoría de ocasiones, que el propio ejercicio de la enervación, consecuencia de un proceso instado por el impago del arrendatario deudor, es una actitud calificable como de mala fe.

5.º Las ventajas de la aplicación analógica del art. 395 LEC son evidentes frente a una dudosa viabilidad del art. 394 LEC en este ámbito porque encaja mejor con el reconocimiento tácito que puede implicar la enervación y con sus consecuencias, y permitirá valorar

la actitud adoptada por las partes a los efectos de apreciar o no la mala fe a los efectos de la decisión sobre la imposición de las costas.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE CONDONACIÓN CONDICIONADA

Sin duda con el loable ánimo de favorecer una solución auto-compositiva del conflicto entre el arrendador y el arrendatario que ha dejado pagar, el art. 437.3 LEC, añadido por la Disposición Final 3.5 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, autoriza a que en la demanda de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas al arrendador, el demandante pueda «anunciar en ella que asume el compromiso de condonar al arrendatario toda o parte de la deuda y de las costas, con expresión de la cantidad concreta, condicionándolo al desalojo voluntario de la finca dentro del plazo que se indique, que no podrá ser inferior a un mes desde que se notifique la demanda». Este precepto ha de ser completado con lo previsto en el art. 440.3 LEC, modificado por la misma Ley 23/2003, cuando se refiere a que en esos casos, el Tribunal indicará «que la aceptación de este compromiso equivaldrá a un allanamiento con los efectos del artículo 21, a cuyo fin otorgará un plazo de cinco días al demandado para que manifieste si acepta el requerimiento».

Esta regulación, una vez más, es fuente de múltiples problemas interpretativos y de aplicación. La gestión judicial establecida en el citado art. 440.3 se concreta, primero, en una advertencia de que la asunción del compromiso equivaldrá a un allanamiento y, para que pueda hacerse efectiva la asunción del compromiso, se ofrece un plazo de cinco días. A partir de aquí, surgen muchas dudas.

No se expresa la forma en qué ha de aceptarse el acuerdo: oral o por escrito, así como si sería necesario tener integrada la postulación. Cabe defender que si la aceptación se produce en el mismo momento del requerimiento, la aceptación podrá admitirse oralmente y sin necesidad de concurrencia de abogado y procurador³¹, pero resulta dudoso que sea así también cuando la aceptación se produzca en momentos posteriores dentro del plazo de cinco días otorgado. En mi opinión, en tal caso se requiere personación válida por

³¹ Así, por ejemplo, BERROCAL JAIME, Ángel, «Apuntes sobre la nueva regulación del juicio de desahucio», en *Diario La ley*, núm. 5863, 3 de octubre de 2003. HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, «Consideraciones sobre la tutela del arrendador a través del proceso de desahucio», cit.

²⁸ Véanse dos posturas contrapuestas en GASCÓN INCHUSTI, Fernando, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Madrid, 2003, págs. 248-50. Y HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, «El desahucio de finca urbana por falta de pago y el pronunciamiento sobre costas», en *Actualidad Civil*, núm. 8, abril 2004.

²⁹ BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, «La enervación de la acción de desahucio y la anunciada reforma de la LEC: tres cuestiones pendientes de resolución», en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, I, Actas, Málaga, 2006, págs. 368-72.

³⁰ Estima procedente la aplicación analógica del art. 395 LEC, MAGRO SERVET, Vicente, «La enervación en el juicio de desahucio como modo de terminación anormal del proceso», cit., págs. 57-8 (con cita de ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «La dinámica de la enervación de la acción de desahucio de fincas urbanas por falta de pago», en *SEPIN Arrendamientos Urbanos*, junio 2003).

parte del demandado³². Para que la eventual aceptación de la condonación pueda tener la eficacia propia de un allanamiento, ésta habrá de ser dirigida al órgano jurisdiccional y no al actor. De ser así, nos encontraríamos más bien ante un acuerdo extraprocésal que, de ser aportado directamente por el actor, resulta muy dudoso que lograra tener eficacia de un «allanamiento» prestado por quien no se encuentra ni siquiera personado en el proceso. En realidad, aunque para ello es necesaria la válida personación de ambas partes, parece que la eficacia de este acuerdo extraprocésal se limitaría a una transacción, con las consecuencias que implica en orden a su homologación y constitución de título ejecutivo. Si a ello añadimos que como elemento propio del procedimiento no se encuentra contemplada esta situación como excepción a la regla general de preceptividad de la postulación (arts. 23 y 31 LEC), parece que todo conduce a que sea necesaria la personación válida del demandado, con postulación integrada, para que la aceptación de la condonación despliegue sus efectos.

Tampoco se expresa nada sobre la posibilidad de desistimiento por parte del actor una vez aceptado el compromiso por el demandado. Tal desistimiento será posible mientras tanto el demandado no ha sido citado para la vista, puesto que hasta ese momento no va a tener, formalmente al menos, conocimiento de la demanda y por ende del ofrecimiento de condonación. Pero, una vez notificado y requerido el demandado, durante los cinco días concedidos para aceptar el compromiso y, una vez aceptado, en el plazo concedido no inferior a un mes, considero que el actor no podrá revocar con su desistimiento la posibilidad de que el demandado se beneficie de la condonación ofrecida, primero aceptando el compromiso y por último cumpliendo con la puesta a disposición dentro del plazo.

Las consecuencias de la no aceptación del compromiso o de su incumplimiento serán según los casos las siguientes:

1.º Si no acepta expresamente el compromiso o hace caso omiso al requerimiento, seguirá el procedimiento sin otras particularidades.

2.º Si lo acepta y no cumple, como sea que la consecuencia de la aceptación es la del allanamiento, el actor contará con un título eje-

³² Contrariamente, PICÓ I JUNOY, Joan, «La interpretación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Diario La Ley*, núm. 5568, 18 de junio de 2002, recoge algún pronunciamiento por el que a pesar de que no puede admitirse como parte, debe permitirse realizar con él una comparecencia, incluso en el mismo juicio, a los meros efectos de acreditar haber enervado la acción con anterioridad.

cutivo que permitirá abrir la ejecución frente al arrendatario para que entregue el inmueble.

La particularidad en este segundo caso radica que será fácilmente inefectiva la eventual fecha de vencimiento anticipado que se fije en el auto de admisión que, según el art. 440.3 LEC, podrá ser inferior a un mes desde la fecha de la vista, máxime cuando el art. 704.1 LEC contempla que se otorgue el plazo de un mes para desalojar el inmueble cuando éste fuera vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan, con posibilidad de prórroga por un mes más.

El establecimiento de un lanzamiento anticipado que, según el art. 440.3 LEC, podrá ser inferior a un mes desde la fecha de la vista va a tener una eficacia relativa si atendemos a los plazos previstos: el que establece el art. 440.1 LEC para fijar la vista (en plazo no inferior a diez días ni superior a veinte desde la misma citación); y el mínimo para el desalojo contemplado en el art. 437 LEC (un mes desde la notificación de la demanda, esto es, desde la citación para la vista). Y si a ello añadimos que el art. 704 LEC prevé para los supuestos de vivienda habitual la prórroga del plazo para desalojo por un mes más si se da motivo fundado, la posibilidad de que el vencimiento anticipado pueda hacerse efectivamente inferior a un mes queda en entredicho. Y no parece que el mero hecho de aceptar el compromiso excluya la posibilidad de esta prórroga «de existir motivo fundado».

Si se ha acumulado la reclamación de rentas, la aceptación del compromiso equivaldrá a un allanamiento también respecto de la reclamación de rentas, de modo que procederá dictar igualmente sentencia de condena como título ejecutivo que permita iniciar la correspondiente ejecución dineraria. En caso de haber cumplido con el compromiso, operará la condonación, de modo que frente a cualquier ejecución dineraria que se abra con base en este título ejecutivo, el ejecutado podrá oponerse a la misma con base en esta condonación (art. 556.1.II LEC). Por el contrario, si lo incumple, el arrendador podrá iniciar la ejecución tanto para obtener la posesión del inmueble como para el cobro de las rentas. Ahora bien, el plazo mínimo para cumplimiento previsto en el art. 437.3 LEC en correlación con el referido en el art. 704 de la misma, aunque no será en principio operativo para el caso de la ejecución dineraria, sí lo será en realidad puesto que solamente cabrá reputar el incumplimiento y por tanto no condonada la deuda y a partir de ahí procederá la ejecución dineraria cuando se haya superado el plazo a que se refiere el citado art. 437.3 LEC. De ese modo, ambas ejecu-

ciones, la de entregar inmuebles y la dineraria serán temporalmente coincidentes, sin perjuicio de que, de otro lado, la primera pueda sufrir atrasos como consecuencia de la prórroga del plazo para desalojo o por la ocupación de terceros tal y como se prevé en el art. 704.1 y 2.

En caso de que se cumpliera la condición impuesta en la condonación sin aceptación expresa del compromiso, parece razonable entender que equivaldrá a una aceptación tácita del acuerdo. Si el arrendador incumpliera con el plazo mínimo establecido en el art. 437.3, fijándolo en menos de un mes y no obstante el ejecutado procediera al desalojo en dicho periodo inferior, y hasta incluso siempre que lo haga en el plazo de máximo de un mes, considero que la condonación habría de operar aunque fuera a través de una transacción tácitamente obtenida³³. En todos estos casos, no obstante, la resolución procedente más que la equivalente al allanamiento sería más adecuada la correspondiente a la satisfacción extraprocesal de la pretensión (art. 22.1 LEC), esto es, con sentencia absolutoria de la pretensión puesto que no será precisa ejecución para un cumplimiento ya producido ni título ejecutivo alguno para ello, sin condena en costas con carácter general y en todo caso en virtud de los arts. 22.1.II y 395.1 LEC.

Si la condonación ofrecida ha sido parcial, una vez aceptado el compromiso, procederá dictar resolución correspondiente con el allanamiento parcial, pero sin ninguna otra diferencia respecto al allanamiento total puesto que la operatividad de la condonación dependerá de que efectivamente se haya puesto a disposición, completa, el inmueble. Si en el juicio verbal se ha acumulado la reclamación de rentas, éste continuará por la parte en que no opere la condonación, por supuesto sin perjuicio de que, consecuencia del futuro incumplimiento la ejecución lo sea por el total. Esta condonación parcial trae aparejadas al menos, dos incongruencias:

La primera, si el compromiso se lleva a efecto con el desalojo, se produce la condonación parcial y resultan subsistentes créditos superiores a tres mil euros, el procedimiento a seguir se mantendría sustanciándose a través del juicio verbal como efecto de la litispendencia (art. 253.1.II LEC), cuando lo pertinente hubiera sido su tramitación tanto por la materia como por la cuantía debería corresponderse con el juicio ordinario (art. 249.1.6 y 2 LEC).

³³ Opinión contraria mantiene HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, «Consideraciones sobre la tutela del arrendador a través del proceso de desahucio», cit.

La segunda, si la cantidad condonada, como suele ser habitual, no se corresponde con partidas autónomas o sin unidad de razón con las no condonadas, y en el juicio verbal subsistente para la reclamación de la cantidad no condonada se dictare sentencia absolutoria del demandado, podría darse la circunstancia contradictoria de que en una parte de un mismo crédito (el que fue condonado) haya condena y ejecución, y en la otra parte absolución, por no ser la cantidad debida.

Por último, no parece que la posibilidad de condonar las costas tenga una verdadera relevancia en cuanto que la misma aceptación del compromiso, sobre todo si se cumple la condición, supondrá en sí mismo y sin necesidad de condonación la no imposición de las costas en virtud del art. 395.1 LEC, por el cual «no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado»³⁴.

V. INDEFINICIÓN DEL ÁMBITO DE LA SUMARIEDAD Y LÍMITES A LA INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA

Posiblemente una de las cuestiones más relevantes de los juicios por desahucio por falta de pago sea el de las limitaciones en las posibilidades de alegación y prueba que impone el art. 444.1 LEC, reducidas meramente al pago o a las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación. No se mantienen anteriores limitaciones en los medios de prueba admisibles³⁵, sino que abarcan las cuestiones sobre las que versarán las alegaciones y la prueba. De ese modo y aunque sea solapadamente, atendidas las consecuencias de una aplicación estricta del punto 2 del art. 217 LEC y concretando la previsión del punto 6 del mismo precepto, cuando el art. 444.1 LEC se refiere a que «sólo se permitirá al demandado alegar y probar», está atribuyendo la carga de la prueba del pago al demandado, que es quien se encuentra con la disponibilidad y facilidad probatoria al tener que estar en posesión de los recibos o de las acreditaciones del pago.

Como había sido tradicional en nuestro ordenamiento procesal civil, el juicio de desahucio por falta de pago se configura como un

³⁴ Por tanto, como considera HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, «El desahucio de finca urbana por falta de pago y el pronunciamiento sobre costas», cit., pág. 869, solamente en el caso excepcional de que proceda la imposición de la condena en costas operaría la condonación por el actor.

³⁵ Recordemos que anteriormente el art. 1579.II LEC 1881 disponía que no será admisible otra prueba más que la de «confesión» o la documental en que conste haberse verificado el pago.

proceso sumario. Su objeto se reduce a la condena del arrendatario a entregar el inmueble arrendado por haber incumplido su obligación de pago consecuencia de la propia relación arrendaticia.

1. Las llamadas «cuestiones complejas» como concepto de contornos poco definidos

Cualquier otra cuestión distinta a la falta de pago objeto de este juicio es considerada como «compleja» y se reserva para un posterior juicio declarativo. Por esta vía, y en una primera aproximación, se hará inadecuado y por tanto inadmisibile el juicio verbal de desahucio del art. 250.1.1 LEC cuando se susciten en el mismo tales cuestiones.

Lo problemático radica en determinar con perfiles definidos qué ha de entenderse como «cuestión compleja» a estos efectos. La jurisprudencia pronto estableció límites a la exclusión del juicio de desahucio por la concurrencia de tales cuestiones, considerando que el rigor en esta exclusión no ha de servir para que el demandado logre privar de los instrumentos procesales que pone en sus manos el ordenamiento jurídico procesal con la mera alegación de «supuestos estados o situaciones carentes de adecuado título»³⁶. Esto debido a que se considera que la complejidad no deriva de los argumentos defensivos sino de la propia naturaleza del contrato. Asimismo, temas como la exigibilidad de la deuda o situaciones tan poco precisas en su expresión como «derechos íntimamente relaciones con el vínculo arrendaticio» permiten al órgano jurisdiccional socavar los poco firmes contornos de las llamadas «cuestiones complejas». En fin, como indica el Tribunal Supremo, «es permisible la proposición y discusión dentro del especial juicio de desahucio planteado de cuestiones que afectantes a los indicados derechos de las partes estén íntimamente relacionados con el vínculo arrendaticio de que se trate y que afecten de manera directa a los derechos y obligaciones de él derivados»³⁷. Se

³⁶ El entrecorillado son palabras de la SAP Córdoba (Secc. 2.ª), 22 de marzo de 1999. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. AC 1999/558, con cita de diversas sentencias del Tribunal Supremo.

³⁷ STS (Sala 1.ª), 26 de marzo de 1979. Ponente: D. Antonio Fernández Rodríguez. RJ 1979/1189, y ello, argumenta, «por la sencilla razón de que si quedan excluidos de la esfera de acción del procedimiento de desahucio aquellas relaciones jurídicas que por razón de su complejidad no permitan discernir claramente los elementos de juicio que han de concurrir en el ejercicio de aquella singular acción, precisando su planteamiento correspondiente en el juicio ordinario declarativo, es en tanto no se trate, cual sucede en el presente caso, del título invocado por el actor para obtener la tutela jurídica recuperatoria —legitimación activa— y los que atañen a la situación del demandado como incurso en la causa de lanzamiento alegada —legitimación pasiva—».

hace necesario acudir, con todo, a la llamada «jurisprudencia menor» de las Audiencias Provinciales, para construir, a partir de la misma y en la medida de lo posible, el ámbito completo de la «cuestión compleja». Actividad que se presenta ardua tanto por la diversidad de situaciones posibles como por las posibilidades de que los pronunciamientos no resulten siempre uniformes. Tal y como están las cosas, será el juzgador quien, atendidas las circunstancias concretas, decidirá al final, en mi opinión con demasiado margen, si cabe ser reputada la cuestión como compleja y, por tanto, decretar la inadecuación del juicio de desahucio y, en todo caso, no dictar pronunciamiento estimatorio de la pretensión de desahucio por falta de pago.

2. Sumariedad del juicio de desahucio en los supuestos de acumulación a la pretensión de reclamación de las rentas

Un problema específico se plantea en los supuestos en que al desahucio por falta de pago se acumule la reclamación de las rentas. Como es sabido, el art. 438.3.3.ª LEC autoriza la acumulación a pesar de que, atendida la exigencia general del art. 73.1.2.º LEC, en principio sería improcedente en tanto que el desahucio se adecúa por la materia al juicio verbal (art. 250.1.1.º LEC), y el tenor del art. 249.1.6.º LEC es lo suficientemente rotundo como para concluir que la reclamación de rentas derivadas de un arrendamiento se adecuará por la materia al juicio ordinario³⁸.

Sin perjuicio de la conveniencia de esta acumulación, en aras de la protección del arrendador, sustanciar a través de un mismo procedimiento un proceso sumario con otro plenario plantea serios problemas de encaje:

1.º Cuando el art. 444.1 LEC se refiere a que «cuando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de finca... sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias...», parece dar a entender que las limitaciones corresponderán no tanto a la «acción» o pretensión de desahucio por falta de pago, sino más bien al «juicio verbal» cuando en el mismo se pretenda ese mismo desahu-

³⁸ Así y todo, no falta quien mantiene que la reclamación de rentas se adecuará por la cuantía. Entre la doctrina, por ejemplo, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, Madrid, 2000, pág. 82, nota 116; CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel, «La determinación de la cuantía de la causa en los procesos arrendaticios», cit., págs. 8-9. Entre la jurisprudencia, entre otras, SAP Lleida (Secc. 2.ª), 19 de marzo de 2002. Ponente: D. Albert GUILANYA FOIE. EDJ 2002/15045.

cio. De ese modo, con independencia de que se acumulen otras pretensiones, el juicio verbal será en todo caso sumario.

2.º Desde un punto de vista material o de fondo y dada la íntima conexión entre la *causa petendi* de la pretensión de desahucio y de reclamación de las rentas, el carácter sumario del juicio, o en todo caso unitario para todas las pretensiones, es la solución más adecuada. El tratamiento sumario respecto del objeto procesal desahucio por falta de pago y otro plenario para la reclamación de rentas se presenta como difícilmente compatible puesto que los ámbitos materiales de cada objeto puedan estar condicionándose mutuamente en todo o al menos en parte. La parcial coincidencia en sus objetos provocará que el conocimiento plenario respecto de la pretensión reclamación de rentas suponga borrar de un plumazo toda la teoría sobre las «cuestiones complejas» a las que nos hemos referido antes; y de ese modo, hacer inoperante en la práctica la pretendida sumariedad del juicio de desahucio. Así, en esta tensión plenitud-sumariedad, y al margen de los matices que a esta última ha ido estableciendo la jurisprudencia³⁹, opino que ha de ceder la plenitud, máxime cuando la jurisprudencia ha reconocido en algún caso que «la posibilidad de ejercicio simultáneo con la reclamación de rentas no desvirtúa la tradicional naturaleza del juicio de desahucio»⁴⁰.

En fin, además de suponer que una pretensión adecuada al juicio ordinario como la reclamación de rentas termine por ventilarse a través de un juicio verbal, parece claro que desde una perspectiva procesal, la acumulación de las rentas con el juicio de desahucio por falta de pago plantea notables desbarajustes técnicos de no fácil solución técnica.

3. Límites a la exclusión de la cosa juzgada

Según se desprende del art. 447.2 LEC y al margen de encendidas disputas doctrinales sobre qué ha de entenderse por sumariedad⁴¹, el

³⁹ Por ejemplo porque puedan ser apreciables defensas distintas para cada una de los objetos acumulados. Véase la STS (Sala 1.ª), 26 de noviembre de 1992. Ponente: D. Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO. RJ 1992/959.

⁴⁰ SAP Lleida (Secc. 2.ª), 24 de enero de 2000. Ponente: Dña. Ana Cristina SAINZ PEREDA. AC 2000/2632. Y lo mismo, en otros términos, SAP Valencia (Secc. 7.ª), 19 de octubre de 2005. Ponente: Dña. Asunción Sonia Molla Nebot. AC 2005/1926.

⁴¹ Véanse panorámica esta posiciones en ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), Cizur Menor, 2005, págs. 592-3.

juicio por desahucio es sin lugar a dudas sumario y, por tanto, está privado de efectos de cosa juzgada. Sin embargo, una vez más y en cierto paralelismo a lo indicado antes sobre el ámbito de las llamadas «cuestiones complejas», la jurisprudencia ha ido manteniendo tradicionales límites a la exclusión de la cosa juzgada⁴².

A pesar de la rotundidad del citado art. 447.2 LEC, se sigue manteniendo que la cosa juzgada abarcará aquella cuestión litigiosa coincidente con la que ya fue objeto de discusión y resolución en un previo juicio de desahucio, incluidas tanto las expresamente resueltas como las que así quepa considerar por hallarse comprendidas en el *thema decidendi*. Por ese camino, de nuevo, nos encontramos en un ámbito con perfiles insuficientemente definidos, y campo de apreciaciones en el caso concreto poco uniformes y con importantes dosis de inseguridad.

VI. ASPECTOS DESTACABLES DE LA PREVISIÓN DEL ART. 440.3 IN FINE LEC POR LA QUE SE SUSTITUYE LA REBELDÍA POR LA DIRECTA ESTIMACIÓN DE LA PRETENSIÓN

El art. 440.3 LEC dispone para los desahucios por falta de pago de inmuebles urbanos que «se apercibirá al demandado que, de no comparecer a la vista, se declarará el desahucio sin más trámites». Esta previsión, además de suponer una excepción a lo previsto con carácter general en el art. 496.2 LEC, salvando las muchas distancias entre ambos procesos, acerca la tutela dispensada en este juicio a la que se otorga en los procedimientos de técnica monitoria.

Esta previsión se encuadra en la voluntad de dotar a estos juicios de la máxima agilidad, intentando pérdidas de tiempo innecesarias cuando el demandado no comparece. Con la citación para la vista, al demandado se le advertirá de que, si no comparece y por tanto no formula contestación a la demanda, se declarará el desahucio sin más trámites. Similarmente a lo que ocurre con los procedimientos de técnica monitoria, el demandado tiene la opción de desalojar, comparecer o, en caso de no hacerlo (o si comparece y no formula

⁴² Véase, entre otras, STS (Sala 1.ª), 27 de noviembre de 1992. Ponente: D. Alfonso BARCALÁ TRILLO-FIGUEROA. RJ 1992/9595. STS (Sala 1.ª), 15 de diciembre de 1994. Ponente: D. Teófilo ORTEGA TORRES. RJ 1994/9422. STS (Sala 1.ª), 23 de marzo de 1996. Ponente: D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. RJ 1996/2236. ATS (Sala 1.ª), 22 de diciembre de 1998. Ponente: D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. RJ 1998/10755.

contestación), procederá dictar una resolución estimatoria de la pretensión que, en definitiva, permite abrir la ejecución.

De nuevo nos encontramos con los problemas que genera la posible acumulación de rentas. Si la única consecuencia, en virtud del art. 440.3 LEC, es la «declaración del desahucio» sin más trámites, ésta no incluye la condena por las cantidades reclamadas. Se impone, de ese modo, la necesidad de que el juicio verbal continúe igualmente para resolver dicho objeto acumulado.

Así y todo, en el contexto de un juicio verbal no será necesario dictar resolución independiente. Constatada la falta de comparecencia del demandado, se dará la palabra al actor para que se ratifique en su demanda, alegue y, en definitiva, proponga y en su caso se practiquen las pruebas admitidas. Tras ello, se dictará sentencia en los cinco días siguientes en la que se pronunciará sobre los dos objetos, necesariamente en sentido estimatorio respecto del desahucio.

Esta resolución estimatoria de la pretensión de desahucio por falta de pago entraría no obstante en aparente contradicción con un eventual pronunciamiento desestimatorio de la pretensión de reclamación de rentas, al menos, cuando se fundara en la inexistencia de la falta de pago⁴³. Ahora bien, en mi opinión, no serían verdaderamente contradictorias dos resoluciones en las que, de un lado, se decreta el desahucio con base en una incomparecencia que presuponga una genérica falta de pago; y de otro, se absuelva al demandado a no pagar cantidad alguna por no concretarse la cantidad debida.

VII. EL DESAHUCIO DE FINCA URBANA POR FALTA DE PAGO COMO JUICIO NO TAN RÁPIDO COMO SE PRETENDE

Para materias como los desahucios de finca urbana por falta de pago de rentas y, en su caso, para la reclamación acumulada de las mismas rentas, similarmente a lo que se había previsto en la LECrim para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, se prevén unas medidas de agilización del procedimiento que permiten calificar el citado juicio de desahucio como de «rápido».

⁴³ Otra cosa es que se dicte resolución en la que se altere el *quantum* reclamado o incluso que absuelva al demandado cuando el actor no acredite como le corresponde el montante exacto del importe debido.

En efecto, la Disposición Adicional quinta LEC, añadida por la duodécima apartado tres LO 19/2003, 23 de diciembre, posibilita crear, por el Ministerio de Justicia y previo acuerdo con la correspondiente Comunidad Autónoma que sea competente y previo informe del Consejo General del Poder Judicial, Oficinas de señalamiento inmediato en aquellos partidos con separación de los juzgados de orden civil y penal. A estas oficinas se les dota de funciones de servicio común que, en síntesis, no son más que actuaciones de registro, reparto y señalamientos preferentes o anticipados de vistas, comparecencias y actuaciones.

De entrada, decisiones excesivamente formalistas pueden fácilmente frustrar los objetivos de agilización pretendidos. Resultan habituales interpretaciones, más habituales en ámbitos burocráticos como los que se encuadra la Oficina de señalamiento inmediato (en adelante OSI), por las que se decide no dar trámite como juicio rápido a las demandas en que no conste expresamente la solicitud de inicio como juicio rápido. Ciertamente el art. 254 LEC dispone que «al juicio se le dará inicialmente la tramitación que haya indicado el actor en su demanda» y también se hace referencia al «juicio elegido por el actor» o al «tipo de juicio solicitado en la demanda», pero parece más razonable entender que la mera presentación ante la Oficina de señalamiento inmediato, cuando el actor cuenta también con la opción de presentar la demanda ante la oficina de reparto general, ya está implicando *per se* una solicitud de que se tramite el juicio rápido correspondiente, por lo que ha de considerarse implícita.

Cuestión distinta es que la OSI no tenga atribuidas facultades para dar trámite adecuado en contradicción con lo expresamente solicitado por el actor en su demanda, en cuyo caso tendría que abstenerse de cualquier otra actuación que no sea la de repartir para que el órgano competente más que para devolver a la OSI las actuaciones y para evitar más dilaciones, adopte directamente las decisiones oportunas, especialmente el señalamiento de la vista en el día más inmediato posible y el del lanzamiento anticipado a que se refiere el art. 440.3 *in fine* LEC.

La agilización, igualmente, se presenta endeble cuando por la mera falta de presentación de copias de la demanda, en virtud de lo que establece el art. 275 LEC, se producirán pérdidas de tiempo notables, pues la OSI habrá de proceder al reparto para que el órgano jurisdiccional competente se lo haga notar a la parte requiriendo para subsanación en el plazo de cinco días. En tal caso, y para evitar más dilaciones a las estrictamente necesarias, convendría también

que no se proceda a la devolución a la OSI, sino que el propio juez directamente señale la vista en el día más inmediato posible y el lanzamiento anticipado a que se refiere el art. 440.3 *in fine* LEC.

El señalamiento anticipado de la vista se practicará conforme a un sistema programado, en el día más cercano y en las horas disponibles, y siempre en el plazo mínimo de diez días y máximo de veinte desde la citación. Citación que, en el contexto de un juicio rápido, ha de producirse en el plazo de cinco días desde la admisión de la demanda (Disposición Adicional quinta 3, 4.ª LEC y art. 440.1 LEC). Por otra parte, la fijación de fecha y hora en que, en su caso, haya de tener lugar el lanzamiento, de acuerdo con lo previsto en el último inciso del apartado 3 del artículo 440, se realizará en un plazo que podrá ser inferior a un mes desde la fecha en que se hubiera señalado la correspondiente vista.

El anterior diseño procedimental, sin embargo, tendrá difícil traslación a la realidad. Que la vista se celebre en el plazo máximo de veinticinco días desde la presentación de la demanda será poco probable, de un lado, porque el *dies a quo* del plazo previsto para la fijación de la vista depende de un futuro incierto al menos en sus aspectos temporales como es la notificación; y de otro, consecuencia de las muchas posibilidades de que la vista sea suspendida por problemas en las notificaciones tanto a las partes como a testigos y peritos. Precisamente para evitar estos inconvenientes es habitual que las vistas se señalen para periodos entre uno y tres meses, lo que implica muchas veces no solamente incumplir el diseño procedimental establecido sino, lo que es más grave, privar de las mínimas notas de celeridad a los juicios pretendidamente rápidos.

Y todavía más ineficaz suele resultar el señalamiento de lanzamiento anticipado. Conforme al art. 440.3 *in fine* LEC, éste se fijará en el auto de admisión en un plazo que podrá ser inferior a un mes desde la fecha de la vista. Pero se requiere que en dicho periodo se realicen con garantías los actos procedimentales necesarios para tener un título ejecutivo, esto es, una sentencia de condena no recurrida. Que dichos actos efectivamente se desarrollen en un determinado periodo de tiempo dependerá de aspectos tan variados como la situación coyuntural en un concreto juzgado (nivel de asuntos registrados, fechas posibles de señalamiento para la vista y tiempos necesarios para dictar sentencia en función de su eventual complejidad...); o como los periodos necesarios para la notificación de la sentencia y el plazo legalmente previsto para recurso (cinco días para preparación de la apelación a partir del día siguiente de la noti-

ficación de la sentencia o, en su caso, veinte días para interposición desde la notificación de la providencia por el que se tiene por preparado). En fin, muchas son las eventualidades para la operatividad de un señalamiento muy breve, sobre todo si éste es inferior a un mes.

Pero es más, la propia previsión en ciertos casos puede traducirse al final en las mismas dilaciones que pretendía evitar. Si hasta la fecha señalada para el lanzamiento, por excesivamente breve, no es posible realizar los actos necesarios para obtener con garantías una sentencia no recurrida, se producirá el retraso durante el tiempo necesario para que se produzca la ejecución en el nuevo señalamiento. Por el contrario, aunque sea posible realizar todos los actos necesarios, el retraso irá implícito ya cuando el señalamiento se haya producido en un periodo demasiado extenso desde el auto de admisión.

Con todo, la OSI no parece que sea el órgano más adecuado para ponderar todos estos criterios. Por tal motivo, y atendido el tenor del art. 440.3 LEC cuando se refiere a que el tribunal «fijará» concretamente «en el auto de admisión», se ha defendido con cierto fundamento que la fijación concreta de esta fecha se mantenga en manos del juez⁴⁴. Precepto que igualmente deja huérfana de justificación a algunas prácticas judiciales por las que para la fijación de la fecha del lanzamiento se espera a la instancia del actor y en una fase ulterior como el momento de la vista, esto es, cuando se constata que el demandado no ha formulado oposición.

VIII. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 499.2 LEC POR EL QUE LA SATISFACCIÓN DE RENTAS ES *CONDITIO SINE QUA NON* PARA LA ADMISIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS RECURSOS

Con precedentes en la regulación derogada⁴⁵, y justificado en asegurar los intereses del arrendador que obtiene una sentencia favorable, evitar que el arrendatario instrumentalice el proceso como una maniobra dilatoria⁴⁶, y prevenir el enriquecimiento injusto por parte

⁴⁴ En ese sentido, FERNÁNDEZ SEJO, José María, «La ejecución de títulos judiciales que lleven aparejado lanzamiento», en *La ejecución civil*, Estudios de Derecho Judicial (Dir.: MORENO), CGPJ, Madrid, 2004, págs. 923-4.

⁴⁵ Sus precedentes inmediatamente anteriores son los arts. 1566 LEC 1881, 148.2 Ley de arrendamientos Urbanos de 1964, 1563 último párrafo y 1706.3.º ambos LEC 1881.

⁴⁶ Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional. Entre las más recientes, la STC 204/1998, 26 de octubre. Ponente: D. Ponente: D. Fernando GARCÍA-MON y González REGUERAL. RTC 1998/204.

del demandado recurrente, el art. 449 LEC condiciona en los procesos que lleven aparejado el lanzamiento, la admisión de los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación a que el recurrente-arrendatario, al prepararlos, no manifiesta, acreditándolo por escrito, tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas. Y no solamente esto, sino que además llega al punto de declararlos desiertos, cualquiera que sea el estado en que se hallen «si durante la sustanciación de los mismos el demandado recurrente dejare de pagar los plazos que venzan o los que deba adelantar». Todo ello sin perjuicio de que, previo al rechazo o declaración de desierto del recurso, cabrá la posibilidad de subsanación en los términos del art. 231, cuando el recurrente hubiese manifestado su voluntad de abonar, consignar, depositar o avalar las cantidades correspondientes, pero no acreditara documentalmente, a satisfacción del tribunal, el cumplimiento de tales requisitos.

Uno de los principales interrogantes que plantea este art. 449 LEC es el de su ámbito. Sin duda será aplicable en los desahucios derivados de un arrendamiento, y no en principio en los llamados desahucios por precario. Por el contrario, dentro de aquéllos, parece que será inoperante cuando el recurso no condicione el lanzamiento, al limitarse a otros aspectos como posibles reclamaciones de cantidad acumuladas (art. 438.3.3.ª LEC) o pronunciamientos sobre costas⁴⁷, siempre que se haya entregado la posesión y el recurrente se encuentre al corriente en el pago de las rentas⁴⁸.

Sin embargo, más dudas se plantean cuando, habiéndose recurrido el pronunciamiento sobre el lanzamiento, tras la preparación del recurso se admitiera ejecución provisional, de modo que el recurrente igualmente resulta privado por último de la posesión. Parece razonable entender que el arrendatario recurrente no deba abonar renta alguna por una posesión que no disfruta⁴⁹. Ahora bien, con el

⁴⁷ GOMIS I MASQUE, Àngels, «Juicio verbal sobre arrendamientos urbanos y precario», en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, cit., pág. 537.

⁴⁸ El hecho de entregar la posesión aunque sea antes de la admisión del recurso, no exime del pago de las rentas debidas hasta ese momento. Véase la STC 197/2005, 18 de julio. Ponente: D. Roberto GARCÍA-CALVO y MONTIEL. RTC 2005/197.

⁴⁹ Lo pone de manifiesto, entre otros, CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús, «Resoluciones provisionalmente ejecutables y despacho de la ejecución provisional», en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 654. También, VVAA, «Cuestión 46. Ejecución provisional del desahucio y abono de rentas», en *Ley de Enjuiciamiento Civil: Respuestas a 100 cuestiones polémicas*, (coor.: JIMÉNEZ CONDE), Madrid, 2002, págs. 383-90, donde sostienen tal opinión autores como ASENCIO MELLADO, pág. 383; GASCÓN INCHUSTI, y DE LA OLIVA SANTOS, pág. 384; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, págs. 384-6; SERRANO HOYO, págs. 386-9; SIGÜENZA LÓPEZ, pág. 389.

matiz de que no consiste tanto en un supuesto de exención del abono de rentas durante el periodo de desposesión ni siquiera en una excepción a la aplicación del art. 449.2 LEC, lo que presupondría el nacimiento del crédito y la concurrencia de una causa para su inexigibilidad, sino más bien en una falta de crédito que hace improcedente el pago y, por tanto, priva de justificación para que su impago condicione ninguna suerte de recurso.

Tampoco la exigencia tiene que limitarse a los desahucios por falta de pago. Además de por el propio tenor literal del art. 449 LEC, el hecho de que el desahucio se funde en otras causas no implica necesariamente que no puedan deberse rentas y, por tanto, que opere la justificación de su condición a la admisibilidad y mantenimiento del recurso. Resulta fácilmente imaginable un juicio de desahucio por causa distinta a la falta de pago en el que, pendiente el proceso, antes o después del recurso, el demandado dejare de pagar las rentas⁵⁰.

En fin, salvo hipótesis poco probables de ejecución provisional, con los recursos el ocupante va a conseguir mantener su ocupación. En tales casos, si bien en esencia el precario excluye el abono de rentas o jurídicamente en desahucios por extinción del plazo se ha extinguido la relación arrendaticia, el precarista o arrendatario y en general el ocupante estará indebidamente disfrutando del inmueble, sea por la oposición del titular, por haber expirado el plazo o por otra circunstancia. Siendo así, quizá por vía indemnizatoria, cabe plantear, no obstante tratarse de supuestos como desahucios por extinción del plazo y hasta incluso en los de precario, la justificación del condicionante de la admisión de los recursos al abono de una cantidad que satisfaga la ocupación⁵¹.

IX. SOBRE LA DISCUTIDA ADMISIBILIDAD DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL Y SU RÉGIMEN DE OPOSICIÓN

La ejecución provisional plantea dos cuestiones fundamentales en el contexto de los juicios por desahucio: el de su inicial admisibilidad y, sobre todo, el del régimen de oposición.

⁵⁰ Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, por ejemplo en el ATS (Sala 1.ª), 19 de noviembre de 2002. Ponente: D. José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ. RJ 2003/579.

⁵¹ En ese sentido, respecto de un supuesto de desahucio por extinción del plazo, la SAP Girona (Secc. 2.ª) 28 de junio de 2004. Ponente: D. Joaquim Miquel FERNÁNDEZ FONT. AC 2004/1423.

1. Admisibilidad de la ejecución provisional en el ámbito de los juicios de desahucio

Que a los efectos de la cuantía del procedimiento se pretenda poner énfasis en la resolución contractual, arguyendo que el lanzamiento es meramente subsidiario, no es óbice para que la sentencia que decreta un desahucio sea de condena o, en otros términos, que partiendo de una declaración previa imponga un deber de prestación consistente en el desalojo del inmueble arrendado. Resulta por tanto infundada cualquier denegación de la ejecución provisional con base solamente en el carácter inexistente o subsidiario del deber de entrega de la finca arrendada.

No obstante, se ha mantenido con cierto fundamento la inadmisibilidad de la ejecución provisional en los juicios de desahucio con base en el tenor del art. 449.2 LEC que, como hemos acabado de ver, impone el pago de la renta y de las cantidades debidas como condición para la admisión y mantenimiento de los recursos. En síntesis, los argumentos serían los siguientes⁵²:

a) Por su equivalencia con la regulación anterior, resulta aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional que parte de la premisa de que el arrendatario consigne las rentas que vengán mientras mantiene la posesión y disfrute de la finca.

b) La regla general de ejecutabilidad provisional del art. 526 LEC, con una interpretación sistemática, puede ser excepcionada a otros supuestos distintos a los contenidos en el art. 525 LEC, pues el art. 449.3 y 4 LEC, al contrario del punto 2, indica expresamente para otros supuestos que la consignación no impedirá la ejecución provisional.

c) El art. 449.2 LEC permite, como regla especial, adelantar o consignar el pago de varios periodos no vencidos, lo que presupone que el arrendatario tiene derecho a seguir manteniendo la posesión.

d) La aplicación del art. 449.2 LEC no supondría un mero mantenimiento de la situación anterior puesto que, dictada sentencia de desahucio, el incumplimiento del pago añade como consecuencia la automática producción de firmeza, con el lanzamiento ahora irreversible.

⁵² Véase CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús, «Resoluciones provisionalmente ejecutables y despacho de la ejecución provisional», en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, cit., pág. 654.

Ahora bien, frente a estos argumentos, cabe poner de manifiesto lo siguiente en defensa de la admisibilidad de la ejecución provisional⁵³:

1.º La regla general y el punto de partida ha de ser la admisibilidad de la ejecución provisional y su exclusión ha de considerarse como excepcional⁵⁴.

2.º La doctrina del Tribunal Constitucional justificó la condición de admisibilidad de los recursos en evitar que el demandado recurrente instrumentalice el proceso como una maniobra dilatoria y que la interposición del recurso no permita al arrendatario mantener la posesión del inmueble sin el abono de contraprestación alguna al arrendador. Aunque no se haya pronunciado expresamente, lo que realmente se infiere de esta doctrina es que si el recurrente no mantiene la posesión, entre otras cosas, por una ejecución provisional, no habría de abonar contraprestación.

3.º El art. 449.1 LEC sencillamente ha omitido la referencia a la circunstancia de la posible ejecución provisional. El hecho de que, al contrario de otros supuestos (como los de los puntos 3 y 4 del mismo art. 449 LEC), no prevea expresamente la posibilidad de ejecución provisional, cabe explicarse sencillamente en que ha pretendido reforzar los supuestos relativos a daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor y aquéllos en los que se pretenda la condena al pago de las cantidades debidas por un propietario a la comunidad de vecinos.

4.º La falta de referencia expresa a la ejecución provisional para los «procesos que lleven aparejado el lanzamiento» encuentra además otra coherencia: la distinta naturaleza de las pretensiones y de la ejecución, en el caso del desahucio, de carácter no dinerario⁵⁵. El título ejecutivo en este caso permitirá abrir una ejecución destinada a entregar inmuebles (arts. 703 y 704 LEC). La entrega de dinero, sin perjuicio de acumulaciones, no coincidirá con el objeto de la ejecu-

⁵³ Algunos autores se decantan por la admisibilidad, como es el caso de FERNÁNDEZ SEIJO, José María, «La ejecución de títulos judiciales que lleven aparejado lanzamiento», en *La ejecución civil*, Estudios de Derecho Judicial (Dir.: MORENO), cit., págs. 929-30.

⁵⁴ Véase el punto XVI de la Exposición de Motivos de la LEC. Asimismo, con base en esta circunstancia mantiene su admisibilidad, MARTÍ MARTÍ, J., «La ejecución provisional en los juicios de desahucio», en *Diario La Ley*, IV, 2002, págs. 1939-41.

⁵⁵ Explica GOMIS I MASQUE, Àngels, «Juicio verbal sobre arrendamientos urbanos y precario», cit., pág. 537, que la omisión de la referencia en los procesos que lleven aparejado el lanzamiento «puede valorarse tal omisión considerando que el legislador no la incluye porque, consistiendo la ejecución de la sentencia en el lanzamiento y siendo el requisito de distinta naturaleza (pago de cantidad), su inclusión nada aportaría pues es evidente que el cumplimiento del requisito en ningún caso podría confundirse con la ejecución de la sentencia (lo que sí puede ocurrir en los otros supuestos) y por tanto en nada modifica el régimen de ejecución provisional».

ción a entregar inmuebles, de modo que resulta coherente que la entrega o puesta a disposición de las rentas no tenga efectos enervantes o al menos suspensivos de tal ejecución. En los otros supuestos, en cambio, como la ejecución es dineraria, el pago sí habría de tener en principio estos efectos suspensivos como establece la regla general del art. 531 LEC, de modo que se requiera una norma especial y expresa para reforzar las situaciones del art. 499.3 y 4.

2. Régimen de la oposición

El problema de la admisibilidad, con todo, se traslada de la oposición en la medida que en la práctica se admite ésta con carácter general para hacer inoperante la ejecución. En efecto, el art. 528.2.2.^ª LEC establece la posibilidad de oposición a la ejecución provisional fundada en que «la sentencia fuese de condena no dineraria, resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada». Y la jurisprudencia se muestra especialmente sensible a estimar la oposición hasta el punto que objetiviza en el desahucio la imposible o extrema dificultad para restaurar la situación anterior⁵⁶, aunque también estima que ha de atenderse a la situación subjetiva del arrendatario, pues con ambas conjuntamente cabrá valorar fundadamente si procede estimar la oposición⁵⁷.

Difícil será encontrar un fundamento que permita valorar circunstancias que se integren en la órbita del arrendador⁵⁸. El tenor literal del art. 528.2.^ª LEC no contiene referencia alguna a las consecuencias negativas, en ocasiones gravísimas, que la inejecución pueda ocasionar al arrendador en los casos, por lo demás no escasamente habituales, en que la sentencia sea confirmada. Tampoco la posible valoración acerca de la viabilidad y fundamento del recurso formulado por el arrendatario parece admisible para poder atemperar la inicial tendencia a estimar a oposición a la ejecución provisio-

⁵⁶ AAP Cantabria, 13 de julio de 2001. Ponente: no consta. AC 2001\1291.

⁵⁷ Para FERNÁNDEZ SELJO, José María, «La ejecución de títulos judiciales que lleven aparejado lanzamiento», cit., pág. 930, a veces el problema no es tanto de irreparabilidad cuando de la situación social y económica el ejecutado que carece de medio para acceder a una vivienda similar.

⁵⁸ No obstante, así lo sostiene algún autor como MARTÍ MARTÍ, Joaquim, «La ejecución provisional en los juicios de desahucio», cit., págs. 1939-41.

nal por el difícil encaje en el tenor literal del art. 528.2.2.^ª LEC, máxime cuando el *dies a quo* para la solicitud de la ejecución provisional se inicia precisamente desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación (527.1 y 535.2 LEC) o, lo que es lo mismo, antes de que el juez conozca los motivos un recurso por encontrarse pendiente el plazo para su interposición. Así y todo, parece razonable que si el recurso planteado tiene pocas posibilidades de éxito, la ejecución provisional no supondrá al final un verdadero perjuicio para el ejecutado⁵⁹.

Con todo, en la práctica de nuestros tribunales la ejecución provisional resulta de *facto* generalmente inadmisibile. A base de la sistemática estimación de la oposición, se ha convertido en esfuerzo inútil la solicitud de ejecución provisional en los juicios por desahucio.

Ha de recordarse ante esta situación que la regla general es la admisibilidad de esta ejecución. Y quizá por la vía de valorar la apariencia de buen derecho a favor del arrendador (por su cierta similitud con la situación a la que se refiere el art. 728.2 LEC), quepa introducir la valoración sobre las posibilidades para una posible revocación futura del título provisionalmente ejecutivo del recurso formulado, teniendo en cuenta su viabilidad, fundamento y, por tanto, aptitud revocatoria.

De otro lado, aunque la solicitud de ejecución provisional no ha de venir acompañada de fianza o caución alguna, como sea que se despacha bajo la responsabilidad del ejecutante y el motivo del art. 528.2.2.^ª LEC versa alternativamente sobre la posibilidad de restaurar la situación anterior o «compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren» en el caso de que la sentencia fuera fuese revocada, aunque no pueda afirmarse que sea imprescindible, sí puede considerarse como conveniente que el arrendador ejecutante provisional ofrezca caución suficiente para tal eventualidad, como elemento de juicio fundamental respecto a la decisión sobre la oposición.

⁵⁹ MARTÍ MARTÍ, Joaquim, «La ejecución provisional en los juicios de desahucio», cit.