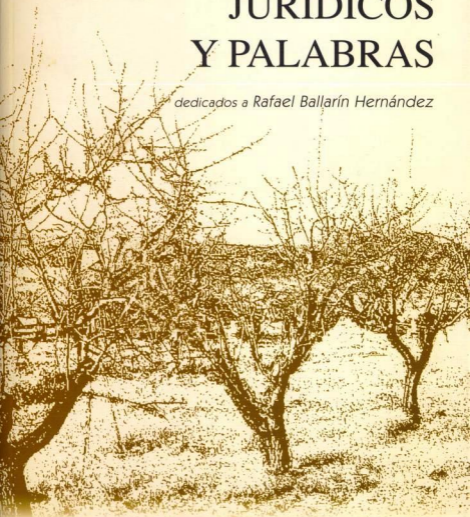


PENSAMIENTOS JURÍDICOS Y PALABRAS

dedicados a Rafael Ballarín Hernández



VNIVERSITAT ID VALÈNCIA

*Esta publicación no puede ser reproducida, ni total ni parcialmente,
ni registrada en, ni transmitida por, un sistema de recuperación de información,
en ninguna forma ni por ningún medio, ni sea fotográfico, fotográfico,
electrónico, por fotocopia o por cualquier otro, sin el permiso previo de la editorial.*

© De los textos: los autores, 2009

© De esta edición: Publicacions de la Universitat de València, 2009

Publicacions de la Universitat de València

<http://pub.uv.es>

publicacions.uv.es

Diseño de la cubierta: Celso Hernández de la Figuera

Fotocomposición y maquetación: Comunico, C.B.

ISBN: 978-84-176-7681-2

Depósito legal: V-4733-2009

Impresión: Guada Impresores, S.L.

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS	15
PRÓLOGO	21
LA ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE EN EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL	25
<i>Alán García, María Emilia</i>	
LA LIBERTAD DE LOS MODERNOS. LA CONSTITUCIÓN DE 1812 Y LAS SERVIDUMBRES DEL ORDEN RACIONAL CODIFICADO EN 1889	39
<i>Alonso Pérez, Mariano</i>	
¿DEBE LIMITARSE LA DURACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD POR RAZONES DE PROPORCIONALIDAD CON EL HECHO COMETIDO? REFLEXIONES SOBRE UNA "VIEJA" POLÉMICA MUY ACTUAL	51
<i>Alonso Ríos, Alberto</i>	
LA REFORMA DEL REGISTRO CIVIL POR LEY 3/2007, DE 15 MARZO, Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL	57
<i>Alventosa del Río, Josefina</i>	
LA PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR CONFORME AL ART. 1.320.II CC	73
<i>Alicia Navarro, María Luisa</i>	
ARRENDAMIENTO DE CUBIERTA DE NAVE INDUSTRIAL PARA INSTALACIÓN FOTOVOLTAICA	91
<i>Borreló Domínguez, Javier</i>	
HACIA LA CONSAGRACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA RECUPERACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	101
<i>Bonina Vilas, Silvia</i>	
UN MARCO COMÚN DE REFERENCIA PARA EL CONTRATO DE SEGURO EN LA UNIÓN EUROPEA	113
<i>Bataller Grau, Joan</i>	
LA GRATUIDAD DEL MANDATO EN NUESTRO ORDENAMIENTO Y SUS ANTECEDENTES	123
<i>Bernal Segarra, Lucio</i>	
EL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1994	135
<i>Blasco Gascó, Francisco de P.</i>	
CATEDRÁTICOS DE LA FACULTAD DEL DERECHO DE VALENCIA. 1900-1939	143
<i>Blasco Gil, Yolanda</i>	
LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS CONSIGNADAS VÁLIDAMENTE EN EL CONTRATO	165
<i>Blasco Pellicer, Angel</i>	
EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIA QUE IMPLIQUE LANZAMIENTO DE INMUEBLE	175
<i>Bonet Navarro, José</i>	
FUNCIONAMIENTO DE LA JUNTA GENERAL DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL CONCURSO	181
<i>Boquera Muñozredona, Josefina</i>	
LA CUESTIÓN DEL DIVORCIO EN LAS CORTES DE LA REPÚBLICA	191
<i>Carrón Olmos, Salvador</i>	

EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIA QUE IMPLIQUE LANZAMIENTO DE INMUEBLE

José Bonet Navarro*

ÍNDICE: 1. Introducción. II. La problemática admisibilidad en condas a entregar la posesión de inmuebles. 1. Admisibilidad de ejecución provisional en los procesos que lleven aparejada el lanzamiento. 2. Régimen de la oposición.

INTRODUCCIÓN

La ejecución provisional se ha definido como proceso por el que el órgano jurisdiccional realiza una serie de actividades para acomodar la realidad exterior a lo establecido en el título ejecutivo —una resolución sobre el fondo carente de firmeza— con incidencia en la esfera jurídica y patrimonial de quien venga obligado por el título, quedando sujeta la permanencia de dicha actividad a lo que resulte del recurso interpuesto contra la resolución definitiva¹.

Se propia regulación supone la constatación de que no es imprescindible la firmeza de la resolución en la que se impone un deber de prestación para que se desarrollen los efectos ejecutivos, si bien esta regulación se adapta a este carácter no firme, especialmente en lo referente a las posibilidades de oposición que se cohesitan adecuadamente con la expectativa más o menos factible de revocación del título de ejecución recurrido. Además, implica una posi-

ción positiva por parte del legislador respecto de la justicia de primera instancia². Posición que se ve reforzada por unos datos estadísticos que muestran un nivel de estimación de los recursos en porcentaje relativamente bajo (*grasso modo* y variable en función del órgano jurisdiccional que dictó la resolución recurrida, alrededor del 25%).

Derivadamente, junto a otras medidas como el régimen de condena en costas, supone un instrumento de lo que podría denominarse “política de litigación”, con el fin de evitar que se interpongan recursos meramente dilatorios de la ejecución, puesto que ésta, aunque sea provisional, va a producirse a pesar del recurso³.

A pesar de los serios inconvenientes que planteará en los supuestos de estimación del recurso y, por tanto, de revocación del título de ejecución, el legislador español ha adoptado una postura claramente favorable a su potenciación. Este objetivo se alcanza principalmente con la eliminación del requisito de prestar fianza o caución, si bien, atendida la posible revocación ulterior del título, se articula un régimen de oposición adecuado y la posibilidad de exacción de una eventual revocación por la vía de apremio⁴.

Efectivamente, con esos manifestados caracteres se regula a continuación la ejecución provisional en los artículos 524 a 537 LEC, en síntesis:

* Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia (España).

1. COMAS RUIZ, J., “Capítulo 35”, en ORTELLS RAMOS, M. (coord.), *Derecho Procesal Civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, 8.ª ed., p. 96.

2. Manifiesta en el punto XVI de la exposición de motivos de la LEC que “la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de la impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutivas, con razonables temperamentos y excepciones, la sentencia de condena dictadas en ese grado jurisdiccional”.

3. Entre los beneficios que espera el legislador, según expresa en la Exposición de motivos de la LEC, está “la disminución de recursos con *litis* exclusivamente dilatorias”. Si bien el propósito es todavía más ambicioso pues a continuación manifiesta que la Ley aspira “a un cambio de mentalidad en los pactos y en los pleitos. En los pactos, para acordarlos con ánimo de cumplirlos; en los pleitos, para afrontarlos con la perspectiva de *non* seriamente sus resultados en un horizonte mucho más próximo que el que es hoy habitual”.

4. Como igualmente expresa en la Exposición de Motivos de la LEC, “sin necesidad de prestar fianza ni caución, aunque se establecen, de una parte, un régimen de oposición a dicha ejecución, y, de otra, reglas claras para los distintos casos de revocación de las resoluciones provisionales ejecutadas, que no se limitan a proclamar retóricamente la responsabilidad por daños y perjuicios, sentiendo al proceso ordinario correspondiente, sino que permiten su exacción por la vía de apremio”.

- «a) El despacho de ejecución se producirá con la mera petición del arrendador ejecutante favorecido por la sentencia que condene al desalajo, salvo que concurra alguno de los supuestos de exclusión legal o la sentencia no contenga una condena que implique lanzamiento.
- b) Es innecesaria la prestación de fianza o la prestación de caución por el solicitante, sin perjuicio de que la ejecución se despacha bajo responsabilidad del ejecutante y de la conveniencia del ofrecimiento de la misma si el ejecutado formula oposición.
- c) El plazo para su solicitud se extiende desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación (arts. 527.1 y 535.2 LEC), hasta la firmeza de la sentencia (arts. 527.1 y 535.2 LEC).
- d) El órgano funcionalmente competente para conocer de la ejecución provisional será el que conoció del asunto en primera instancia (arts. 524.2 y 535.2.11 LEC).
- e) La oposición a la sentencia de condena al desalajo, sin perjuicio de lo previsto en el art. 527 LEC y de la posibilidad de alegar los motivos de oposición procesales o materiales de los arts. 559 y 556 LEC, se fundará en el art. 528.2.2.º LEC en los términos vistos en el apartado anterior.
- f) Se sustanciará del mismo modo que la ejecución ordinaria, si bien estará condicionada a la resolución firme del recurso, que pondrá fin a la ejecución, sea para transformarla en definitiva o para su alzamiento y restauración de la situación anterior o compensación económica.
- g) Las sentencias de condena, y entre ellas las que contienen el deber de prestación al desalajo, son con carácter general ejecutables. No obstante lo anterior, un buen número de resoluciones no podrán ser ejecutadas provisionalmente, sea porque no se encuentran recurridas ni siquiera en las fases iniciales del procedimiento del recurso o sea porque no son de condena como las sentencias mero declarativas o constitutivas (art. 521.1 LEC). Igualmente, quedan excluidas de la ejecución las resoluciones a que expresamente se refiere el artículo 525 LEC, esto es, en síntesis, las sentencias dictadas en procesos de familia, capacidad, estado civil o derechos honoríficos, salvo en lo relativo a "obligaciones y

relaciones patrimoniales relacionadas", las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad, las que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial, así como las sentencias extranjeras, salvo disposición expresa en el tratado internacional vigente en España. Por otro lado tampoco serán ejecutadas las dictadas en relación mientras no transcurran los plazos indicados por la Ley (arts. 502 y 503 LEC) para ejercitar la acción de rescisión, respecto de las que sólo procede anotación preventiva cuando dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros Públicos (art. 524.4 LEC).

II. LA PROBLEMÁTICA ADMISIBILIDAD EN CONDENAS A ENTREGAR LA POSESIÓN DE INMUEBLES

Como puede observarse, ninguno de los anteriores supuestos de excepción contempla la sentencia que implique la entrega o restitución de la posesión de bien inmueble general ni, en particular, cuando derive de una resolución contractual fruto de un juicio de desalajo o por precario. Sin embargo, no han faltado voces doctrinales ni, sin todo, de la jurisprudencia que con fundamentos variados intentado impedir o al menos limitar las posibilidades de ejecución provisional a este tipo de sentencia a pesar de que, en principio, habría de quedar absuelta por la inicial y general admisibilidad potenciada de la ejecución provisional.

1. Admisibilidad de ejecución provisional en los procesos que lleven aparejado el lanzamiento

El inicial argumento argüido por alguna resolución judicial para considerar inadmisibile la ejecución provisional en el ámbito de los juicios por desalajo se centra en que en estos juicios la sentencia es principalmente de resolución contractual y solamente subsidiariamente se impondrá el lanzamiento⁵.

Frente a esta consideración cabe afirmar que el hecho de que en un desalajo pueda pretenderse inicialmente

5. Posiblemente la responsable de esta, en mi opinión, errónea perspectiva jurisprudencial se origine al intentar ser congruente con la jurisprudencia que, a efectos de cuantificación del procedimiento, viene excluyendo la naturaleza de proceso en el que se intente la recuperación posesiva con argumentos tan, en mi opinión, inexactos, como que la acción ejercitada es la mera resolución contractual. Véase, entre otros trabajos, Carlos M. VILLAS, J. M., "La determinación de la cuantía de la causa en los procesos arrendaticios", *Práctica de Tribunales*, núm. 2, febrero 2004, pp. 5-8. Como argumenta el AAP de Málaga (Secc. 5.ª) de 5 de mayo de 2003 (Ponente: D. Mariano Fernández Ballester), "sólo se podría considerar inadmisibles las resoluciones en litigio que exigen necesariamente un proceso anterior previo, por lo que difícilmente puede hablarse de un proceso contractual cuando se trata de la entrega de la posesión que implica. Otra interpretación más equitativa a considerar es la posibilidad de ejecución provisional a los juicios ejecutivos, si bien en estos casos también cabe duda una opción más limitada que exige un proceso anterior de litigio de los derechos de las partes. Lo que sí hay son sentencias meramente declarativas, como lo son al contemplar las declaraciones de voluntad de algunos de los litigantes de algunos que tiene por finalidad el aljar al que los desalaja, o se lo entrega, pero sin imponerle ninguna obligación derivada del desalajo que puede ser objeto de ejecución. La presente demanda de desalajo por precario, es claramente condicional en cuanto impone un deber por el hecho que consiste en saber de la concreta objeto de la sentencia de desalajo, sin que a ello obste en absoluto la previa declaración de voluntad de voluntad que siempre va acompañada de hecho".

declaración de resolución contractual o de situación de precario—, y, solamente de forma subsidiaria, el lanzamiento del inmueble, no es óbice para que el pronunciamiento contenido en la sentencia sea netamente de condena⁸. La sentencia parte de una previa declaración (salvo supuestos de inexistencia o vicio en la voluntad contractual, generalmente de carácter constitutivo en cuanto que extinguirá una relación jurídica existente) de la que derivará un deber de prestación: la restitución de la posesión mediante el abandono del inmueble por el ocupante. En realidad, en todas las resoluciones de condena el deber de prestación es siempre consecuencia de una previa declaración, de modo que resulta poco fundado un argumento como el del carácter subiguiente del deber de prestación que es propio de toda condena. En definitiva, si el argumento fuera válido para los supuestos de desahucio, igualmente podría serlo para toda condena con la absurda consecuencia de negar toda ejecución.

Cuestión más compleja se plantea cuando la inadmisibilidad se pretende fundar en el tenor del artículo 449.1 y 2 LEC. Precepto que impone necesariamente el pago de la renta y de las cantidades debidas como condición para la ejecución y mantenimiento de los recursos.

En síntesis, Cachón⁹ aporta los siguientes argumentos para defender la no admisibilidad de la ejecución provisional en estos supuestos:

- Por su equivalencia con la regulación anterior, resultaría aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional que parte de la premisa de que el arrendatario consigne las rentas que venzan mientras mantiene la posesión y disfrute de la finca.
- 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 ex-

presamente para otros supuestos que la consignación no impedirá la ejecución provisional.

- El art. 449.1 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.
- 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.

Frente a estos argumentos y en defensa de la admisibilidad de la ejecución provisional¹⁰, cabe aportar otra serie de argumentos, en mi opinión, trascendentales para decantarse por la admisibilidad:

- La regla general y el punto de partida ha de ser la admisibilidad de la ejecución provisional y su exclusión ha de considerarse siempre como excepcional¹¹.
- La doctrina del Tribunal Constitucional justificó la condición de admisibilidad de los recursos en evitar que el demandado recurrente instrumentalizara el proceso como una maniobra dilatoria y en que la interposición del recurso no permitiera al arrendatario mantener la posesión sin el abono de contraprestación alguna al arrendador. Aunque no se haya pronunciado expresamente, lo que se infiere de esta doctrina es que si el recurrente no mantiene la posesión, entre otras cosas, por una ejecución provisional, no tendría que abonar ningún tipo de contraprestación.
- Lo que hace el art. 449.1 LEC es sencillamente omitir cualquier referencia a una posible ejecución provisional. El hecho de que, al contrario de otros

8. Argumento el AAP de Madrid (Secc. 13.ª), de 24 de diciembre de 2002 (Potencia: D. Modesto de Bustos Gómez-Rico) que, "si el pronunciamiento de la sentencia es meramente declarativo, naturaliza que, efectivamente impida su ejecución según el artículo 521.1, al contener una clara orden a hacer (dejar libre) y a disposición de la finca admitida por los artículos 526.2.ª y 529.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no pueda destruida por el hecho de que se existe en la misma declaración resolutoria de un contrato de arrendamiento; ni la circunstancia de que la condena al pago de una indemnización contenida en el pronunciamiento de la sentencia transcurriera después de haberse iniciado para proceder a su ejecución provisional, por no ser la liquidación un presupuesto del derecho solicitado según los límites y límites de los artículos 524, 526 y 528, entre otros, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre todo teniendo en cuenta la revisión que efectúa el primer de ellos a las normas de la ejecución ordinaria, sin perjuicio de ello, así del desahucio de la demandada a oponerse en los términos y supuestos que prevén los artículos 526 y siguientes de la misma Ley".

9. Dispone literalmente este precepto que "1. En los procesos que lleven aparejado el lanzamiento, no se admitirán al demandado los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si, al prepararlos, no manifiesta, acreditándolo por escrito, tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas. 2. Los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, a que se refiere el apartado anterior, se declararán 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. El arrendatario podrá adelantar o consignar el pago de varios periodos no vencidos, los cuales se sujetarán a liquidación una vez firme la sentencia. En todo caso, el abono de dichos importes no se considerará anulación del contrato".

10. Véase CORTÉS CUEVAS, M. E., "Resoluciones provisionalmente ejecutables y despacho de la ejecución provisional", en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tres años de vigencia*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2003, p. 654.

11. No faltan autores que se decantan decididamente por la admisibilidad, como es el caso de FERNÁNDEZ SERRA, J. M., "La ejecución de títulos judiciales que llevan aparejado lanzamiento", en Moreno Caceres, V. (dir.), *La ejecución civil*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 329-33.

12. Véase el punto XVI de la Exposición de Motivos de la LEC ya citada parcialmente en notas anteriores. Y los autores que entienden admisible la ejecución provisional en los juicios por desahucio básicamente con base en esta circunstancia, por ejemplo MATEO MARTÍ, J., "La ejecución provisional en los juicios de desahucio", *Diario La Ley*, t. IV, 2002, pp. 1939-41.

supuestos, no prevea expresamente la posibilidad de ejecución provisional no la excluye y, además, cabe explicarse en que el legislador ha pretendido reforzar especialmente las pretensiones relativas a daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor y aquellas en las que se pretenda la condena al pago de las cantidades debidas por un propietario a la comunidad de vecinos.

- 4) La distinta naturaleza de las pretensiones y de la ejecución, en el caso del desahucio, de carácter no dinerario¹¹, resulta coherente con esta omisión. El título ejecutivo 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 ejecución, de modo que resulta coherente que la entrega o puesta a disposición de las rentas, no tenga efectos enervantes o al menos suspensivos de la ejecución. En los otros supuestos, en cambio, si habría de tener estos efectos suspensivos como establece la regla general del art. 531 LEC, de modo que para reforzar las situaciones del art. 499.3 y 4 se requiere una norma especial.

En definitiva, aunque el artículo 449 LEC pudo haber sido más claro en su redacción, su tenor literal no representa un obstáculo suficiente para negar la eficacia ejecutiva de las resoluciones que impliquen lanzamiento.

2. Régimen de la oposición

La jurisprudencia sin embargo no cesa en su posición de poner freno a la posibilidad de ejecución provisional de las resoluciones que impliquen lanzamiento. El intento de inadmisibilidad se traslada a otro plano más sutil como es el de la oposición, puesto que, no obstante su admi-

hilidad inicial, en la práctica se estima la oposición de carácter general.

Ante el tenor literal del artículo 528.2.2.ª LEC por el que se establece la posibilidad de oposición a la ejecución provisional¹², la jurisprudencia se muestra especialmente tendente a estimar la oposición hasta tal punto que objeta en el desahucio la imposible o extrema dificultad para restaurar la situación anterior¹³. Esto no impide, con todo, que igualmente haya de atenderse a la situación subjetiva del arrendatario, puesto que con ambas conjuntamente cabrá valorar fundadamente si procede estimar la oposición¹⁴.

Difícil será encontrar un fundamento para que se valore circunstancias de la órbita del arrendador¹⁵. El tenor literal del art. 528.2.ª LEC no contiene referencia alguna a las consecuencias negativas, en ocasiones gravísimas, que la inexecución pueda ocasionar al arrendador cuando la sentencia sea confirmada. No resulta difícil imaginar supuestos como el de un desahucio por causa de necesidad, en el que, por haberse acreditado sobradamente los presupuestos para la estimación de la pretensión, se le dictado sentencia estimatoria en primera instancia que ha sido recurrida con mayor o menor fundamento con el fin inconfesable de dilatar la posesión del arrendatario. Con el juego de los plazos de preaviso y la duración casi siempre superior a los plazos previstos para el procedimiento, cabe perfectamente la situación en la que un arrendador con eventual escasez de recursos económicos y con una situación laboral y de salud precaria, aunque sea temporalmente, tenga la imposibilidad o dificultades graves para encontrar alojamiento. Y aunque lo encontrara, también el arrendador sufriría las molestias implícitas en todo cambio de residencia. En fin, quiero resaltar con este ejemplo que la situación objetiva implícita en todo desahucio, que si duda resulta perjudicial para el arrendatario, idénticamente puede plantearse respecto del arrendador como consecuencia en este caso de la inexecución provisional de la sentencia¹⁶.

11. Explica GARCÍA MORALES, A., "Juicio verbal sobre arrendamientos urbanos y precario", cit., p. 537, que la omisión de la referencia en la sentencia que lleva anejado el lanzamiento puede valorarse "considerando que el legislador no la incluye porque, considerando 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 una modificación del régimen de ejecución provisional".

12. Fundado 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 causasen, si aquella sentencia fuese revocada".

13. Señala, entre otros casos, el AAP de Cantabria de 13 de julio de 2001 que "pudiera así que la ejecución provisional, al no poderse mantener que si la sentencia fuese revocada garantizaría la inmediata vuelta de los ejecutados a su situación originaria, propuesta voluntaria, y a demás ofrece certeza para garantizar los daños y perjuicios que se le pueden generar... así vez que concurra con la posesión de la vivienda, podría mutar actos jurídicos no prohibidos que pudieran ser desde contratar un nuevo arrendamiento o derecho asimilado a transitorio la vivienda o no tener un acceso registral que pudiera ganar la condena de tener un hipotecario (art. 34 LHO) o contratar una garantía de carácter real, que a base según impidiera o dejara en la mano no verificándose la expectativa de los ejecutados para recuperar por entero y pacíficamente la posesión originaria. La posibilidad, por tanto, de que el ejecutado provisional efectúe actos de ejecución, gravamen o de administración que incurran en la inadmisibilidad de la sentencia posterior que revoque la de primera instancia, son sólo en el plano de las hipotecas con vistas ante la certidumbre de la insuperabilidad de la sentencia".

14. Para FERRAZ Y SERRA, J. M., op. cit., p. 930, a veces el problema no es tanto de irreparabilidad cuando de la situación social y económica del ejecutado que carece de medio para acceder a una vivienda similar.

15. No obstante, así lo sostiene algún autor como MARTÍ MORALES, J., op. cit., pp. 1039-41.

16. MARTÍ MORALES, J., op. cit.

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 provisional por el difícil encaje en el tenor literal del art. 528.2.2.º LEC. Y será así máxime cuando el *offes a quo* para la solicitud de la ejecución provisional se inicia precisamente desde la notificación de la providencia en que se tenga por presentado el recurso de apelación (527.1 y 535.2 LEC) o, lo que es lo mismo, antes de que el juez conozca los motivos de un recurso por encontrarse pendiente el plazo para su interposición. En cualquier caso, es claro que si el recurso planteado tiene pocas posibilidades de éxito, la ejecución provisional no supondrá un verdadero perjuicio para el ejecutado¹⁷.

Con todo, se ha extendido la práctica jurisprudencial por la que sistemáticamente se viene estimando la oposición a la ejecución provisional, de modo que ésta resulta de *facto* inadmisibile. A base de la casi automática estimación de la oposición, se ha convertido en esfuerzo inútil la solicitud de ejecución provisional en los juicios por desahucio. Y frente a ello, se hace necesario recordar una vez más que la regla general para el legislador es la admisibilidad, y para llegar a esa situación, como pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la LEC, ha ponderado en abstracto los pros y los contras¹⁸. Solamente cuando lo ha

considerado oportuno, por las más diversas razones, ha introducido excepciones concretas.

Frente a ello, y dadas las dificultades de acomodo en nuestra legislación, quizá tenga alguna posibilidad de ponderación la valoración de 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), y, sobre todo, de la situación subjetiva del arrendatario, de modo que quepa incorporar el componente de la viabilidad del recurso entre los elementos de valoración de la oposición.

De otro lado, aunque la solicitud de ejecución provisional no ha de venir acompañada de fianza o caución alguna, como sea que ésta se despacha bajo la responsabilidad del ejecutante y el motivo del art. 528.2.2.º 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, podría atenderse a la eventual prestación de caución por parte del arrendador como elemento de juicio fundamental en la decisión sobre la oposición. No ha de pasar por alto que la suficiencia de la caución podría calcularse no solamente para garantizar el equivalente pecuniario de la restitución, sino también para comprometer al ejecutante a no generar situaciones irreversibles¹⁹.

17. Mori Martí, J., *op. cit.*

18. El legislador es consciente de los peligros cuando en el punto XVI, párrafo octavo de la Exposición de Motivos de la LEC, habla del "fundamento de la opción de esta Ley, sopesados los peligros y riesgos contrapuestos, es la efectividad de las sentencias de primera instancia". Y más adelante, de que "este nuevo régimen de la ejecución provisional deparará, a buen seguro, muchos más beneficios directos que perjuicios o males hijos y serán muy positivos tanto los efectos colaterales de la innovación radical proyectada, como la disminución de recursos con ánimo exclusivamente dilatorio".

19. Ortiz Rozas, M., *La ejecución de condonas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. La Ley, Madrid, 2005, p. 98.